
كتاب
المكاسب
للشيخ الأعظم مرتضى الأنصاري
١٢١٤-١٢٨١هـ
تحقيق وتعليق
السيد محمد كلانتر
منشورات
مؤسسة النور للمطبوعات
بيروت - لبنان
الشيخ الأنصاري
كتاب المكاسب
٨
مؤسسة النور للمطبوعات
بيروت

كتاب

المكاسب

للشيخ الأعظم الشيخ مرتضى الأنصاري

قدس سره

١٢١٤ هـ - ١٢٨١ هـ

تحقيق وتعليق

السيد محمد كلانتر

الجزء الثامن

منشورات
مؤسسة النور للمطبوعات
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م



مؤسسة النور للمطبوعات

بيروت - شارع المطار - قرب كلية الهندسة ص . ب - ١١/٨٦٤٥



الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين ، ولعنة الله على أعدائهم الى يوم الدين .

الاهداءَ

بسم الله الرحمن الرحيم

سيدي . . أبا صالح . ياولي العصر .

هــذه جهودي بين يديك متواضعة بذلتها في سبيل تخليــد فقــه (أئمة أهل البيت) وهم آباؤك وأجدادك الطاهرون عليهم الصلاة والسلام في سبيل احياء تراثنا العلمي الأصيل ، أهديها اليك . . . ياحافظ الشريعة يامن يملأ الأرض قسطاً وعــدلاً بعدما ملئت ظلماً وجوراً فأنت أولى بها ممن سواك ، ولا أراها متناسبة وذلك المقام الرفيع .

وأراني مقصراً وقاصراً غير أن الهدايا على قدر مهديها .

فتفضل عليّ يا سيــدي عجل الله تعالى لك الفرج بالقبول ، فإنـه غاية المأمول .

عبدك الراجي

السيد محمد كلانتر

كتاب البيع

شروط المتعاقدين

(مسألة) : ومن جملـــة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفظان به (١).

---

(١) يروم الشيـخ من اشتّراط قصد المتعاقدين لمدلول العقــد الذي يتلفظان به في هذه المسألة الاشارة الى شروط ثلاثة يجب وجودها في المتعاقدين سواءً في البيـع أم في غيره :

(الاول) : كون العاقد قاصداً للفظ أي يـكون ملتفتاً اليه ، وقاصداً له عند صدوره منه .

والغرض من هـــذا الشرط إخراج اللفظ الصادر من الغافل والنائم عن حريم المسألة ، فإنه لا أثرلما يصدر عنهما ، لعدم التفاتهما اليهعند صدوره منهما .

وكذا إخراج اللفظ الصادر من الغالط في قوله : آجرتك وهو يريد البيـع .

(الثاني) : كون العاقد قاصداً للمعنى : اي يكون الداعي لاستعمال اللفظ في المعنى هو ارادة ايجاد هذا المدلول في عالم الخارج ، وكونه مريداً لايجاد المنشأ بهذا اللفظ الذي هو آ لة لايجاده .

والغرض من هذا الشرط هو اخراج الهازل واللاعب باللفظ على سبيل اللعب عن حريم المسألة ، لعدم وجود ارادة منهما لايجاد المنشأ في الخارج حقيقة وجداً .

واشتراط القصد بهذا المعنى (١) في صحة العقد ، بل في تحقق مفهومه (٢) مما لاخلاف فيه ولا إشكال ، فلا (٣) يقع من دون قصد الى اللفظ كما في الغالط .

أو الى المعنى (٤) كما في الهازل

- (الثالث) : كون مدلول اللفظ مطابقاً لما يراد منه أي لا يكون اللفظ مستعملاً في غير ماوضع له بغير علاقة كاستعمال لفظ البيع في قوله : بعت في الإخبار ، أو الاستفهام ، أو معنى مغاير لمدلول العقد كارادة القرض من البيع مثلاً .

والغرض من هذا الشرط هو إخراج المذكورات عن حريم المسألة .

(١) وهو قصد المتعاقدين لمدلول العقد الذي يتلفظان به .

والمراد من مدلول العقد هو تمليك العين ، أو المنفعة .

(٢) أي في تحقق مفهوم العقد خارجاً ، فإن العقد لايتحقق في الخارج اذا لم يقصد المتعاقدان مدلوله الذي يتلفظان به .

فبين صحة العقد ، وتحقق مفهوم العقد خارجاً عموم وخصوص مطلق اذ كلما صدقت صحة العقد في الخارج صدق تحقق مفهومه .

وليس كلما صدق تحقق مفهوم العقد خارجاً صدقت الصحة كما في العقد الباطل الفاقد لبعض شرائط العقد .

فالأخصية من جانب الصحة .

(٣) الفاء تفريع على ماأفاده : من اشتراط قصد المتعاقدين لمدلول العقد الذي يتلفظان به .

هذا اشارة الى الشرط الاول الذي ذكرناه في الهامش ١ ص ٩

(٤) اي وكذلك لايقع العقد من دون قصد المتعاقدين الى معنى اللفظ .

هذا اشارة الى الشرط الثاني المشار اليه في الهامش ١ ص ٩

لابمعنى (١) عدم استعمال اللفظ فيه ، بل بمعنى عدم تعلق ارادته (٢) به وإن اوجد (٣) مدلوله بالإنشاء كما في الامر الصوري (٤) فهو شبيه الكذب في الإخبار .

أو قصد (٥) معنى يغاير مدلول العقد : بأن قصد الإخبار (٦) أو الإستفهام (٧) ، أو إنشاء معنى غير البيع مجازاً (٨) ، أوغلطاً (٩) فلا (١٠) يقع البيع ، لعدم القصد اليه ،

---

(١) اي وليس معنى عدم القصد الى المعنى أن الهازل لايقصد استعمال اللفظ في معناه ، حيث إنه يستعمل اللفظ في معناه ويقصده منه ، لكنه على نحو الهزل من دون ارادة جدية منه للمعنى ، فهو في الحقيقة لايكون قاصداً للانشاء كما هو الحال في الأوامر الصورية التي هي كذب بالإنشاء

(٢) اي ارادة الهازل بالمعنى كما عرفت آنفاً .

(٣) اي الهازل كما عرفت آنفاً .

(٤) حيث إن الأمر الصوري ليس أمراً حقيقياً ، لعدم وجود ارادة جدية فيه ، بل الامر الصادر من الآمر على سبيل المزاح .

(٥) هذا اشارة الى الشرط الثالث المشار اليه في ص ١٠

(٦) اي من لفظ بعت في قوله : بعت اراد الإخبار .

(٧) اى من لفظ بعت في قوله : بعت اراد الاستفهام .

(٨) كما لو اراد من لفظ بعت في قوله : بعت الاجارة ، بناءً على جواز استعمال لفظه الموضوع لنقل الأعيان في نقل المنافع مجازاً ، حيث إن البيع يفيد نقل المنافع بالتبع .

(٩) اى أو انشأ معنىً غير البيع من لفظ بعت غلطاً كما لو عبر عن البيع بالاعارة ، أوانشاء القرض منه وهو يريد القرض .

(١٠) الفاء تفريع على ماافاده في قوله : أوقصد معنى يغاير مدلول —

ولا (١) المقصود اذا اشتُرِطت فيه (٢) عبارة خاصة .

ثم إنه ربما يقال بعدم تحقق القصد في عقد الفضولي (٣) والمكره (٤)

- العقد ، أي فعلى ضوء ما ذكرنا لا يقع البيع لو قصد منه الإخبار أوالاستفهام ، أومعنى يغاير مدلول العقد ، لعدم القصد الى البيع

فيلزم أن ما قُصِد لم يقع ، وما وقع لم يُقصَد ،لعدم وقوع البيع منه .

(١) اى ولا يقع المقصود وهو الإخبار ، أو الاستفهام ، أو قصد معنى مغاير لمدلول العقد ، بناءً على اشتراط عبارة خاصة في المذكورات .

(٢) اى في قصد معنى مغاير لمدلول العقد كما عرفت .

(٣) لأنه مع علمه بكون العقد المؤثر شرعاً هو الصادر عن المالك لاعن الاجنبي لا اثر لعقده ، لعدم تحقق القصد منه الى حقيقة العقد

فانشاؤه إنشاء صوري لايترتب عليه اي اثر .

والجواب عن هذا الإشكال : أنه من الممكن أن يقال : إن عقد الفضولي وإن لم يكن علة تامة في التأثير الذي هو النقل والانتقال ، لكنه مقتضٍ لها فيتم بالاجازة التي هو احد جزئي وقوع العقد ، والجزء الآخر هو العقد .

فإن صدرت الاجازة صح العقد ووقع للمالك .

وإن لم تصدر وردّ العقد لم يقع للمالك ، ولا للعاقد

فالمانع من نفوذ عقد الفضولي هو عدم صدوره ممن له حق النقل والانتقال ، لاعدم تحقق القصد من الفضولي ،لأنه قاصد عند إنشاء اللفظ وايجاده في عالم الخارج الى حقيقة العقد .

(٤) لأن المكره بالفتح لايريد ايجاد النقل والانتقال في الخارج باختياره ، وإنما الخوف الجأه الى الإنشاء ، فلولا التهديد من المكره بالكسر وتخويفه للمكره بالفتح لما انشأ أبداً .

-

كما صرح (١) به في المسالك ، حيث قال : إنهما قاصدان الى اللفظ ، دون مدلوله .

وفيه (٢) أنه لادليل على اشتراط أزيد من القصد المتحقق في صدق مفهوم العقد .

مضافاً الى ماسيجيء في أدلة الفضولي (٣) .

وأما معنى مافي المسالك فسيأتي في اشتراط الاختيار .

واعلم أنه ذكر بعض المحققين (٤) ممن عاصرناه كلاماً في هذا المقام (٥)

- فإنشاؤه إنشاء ساذج فارغ عن القصد .

والخلاصة أن الداعي للإنشاء ليس قصد المنشأ في عالم الخارج حتى يترتب عليه الاثر : وهو النقل والانتقال .

والجواب عنه : أنه يمكن أن يقال : إن المكره بالفتح قاصد لتحقق النقل والانتقال في الخارج ، إلا أنه ليس هناك طيب النفس منه حالة صدور العقد .

ومن الواضح أن طيب النفس صفة اجنبية عن مقولة القصد لاربط لها بحقيقة القصد فلا يكون فقدانها موجباً لعدم تحقق القصد .

(١) اى بعدم تحقق القصد من الفضولي ، والمكرَه .

(٢) اي وفيما افاده الشهيد الثاني في المسالك في هذا الباب نظر وإشكال .

وقد ذكر الشيخ وجه الإشكال في المتن فلا نعيده .

(٣) وهي كفاية هذا المقدار من القصد في عقد الفضولي ، لقيام الاجماع عليها .

(٤) وهو المحقق الشيخ اسد الله التستري صاحب المقابيس - قدس سره -

(٥) وهو اعتبار قصد المتعاقدين لمدلول العقد الذي يتلفظان به . -

في أنه هل يعتبر تعيين المالكين (١) الذين يتحقق النقل ، أو الإنتقال بالنسبة اليهما أم لا ؟

وذكر أن في المسألة (٢) أوجهاً وأقوالاً ، وأن المسألة في غاية الإشكال ، وأنه قد اضطربت فيها كلمات الأصحاب قدس الله أرواحهم في تضاعيف أبواب الفقه .

ثم قال (٣) : وتحقيق المسألة أنه إن (٤) توقف تعين المالك على التعيين

- اعلم أن للمحقق التستري في هذا المقام نظريات ثلاث ذكرها في المقابيس وقد نقلها عنه الشيخ هنا .

ونحن نذكرها بتمامها ، ونشير الى كل واحدة منها عند رقمها الخاص

(١) المراد من المالكين هنا البايع والمشتري ، اذ بالبيع ينتقل الثمن الى البايع ، وبالشراء ينتقل المثمن الى المشتري .

(٢) وهي مسألة اعتبار تعيين المالكين الذين يتحقق النقل والانتقال بالنسبة اليهما .

(٣) اي قال (المحقق التستري) في المقابيس .

(٤) هذه هي النظرية الاولى .

وخلاصة ما افاده هناك : أن البايع والمشتري إما أن يكونا متعينين حال العقد ، أو غير متعينين .

فعلى الاول لاتحتاج المعاملة الى تعيينهما ، لتعينهما في الواقع ، وإنصراف المعاملة اليهما كما لو كان زيد هو البايع ، أو المشتري فقام بالمعاملة عنه وكيله ، أو وليه .

وعلى الثاني تحتاج المعاملة الى التعيين ، لعدم تعين البايع والمشتري في عالم الواقع ، بداهة صلاحية كل واحد منهما أن يكون بايعاً ، أو مشترياً كما لو كان العاقد وكيلاً عنهما في البيع والشراء ، أو ولياً عليهما .

حال العقد ، لتعدد (١) وجه وقوعه الممكن شرعاً : اعتبر تعيينه في النية أو مع التلفظ به ايضاً كبيع الوكيل ، والولي العاقد عن اثنين في بيع واحد (٢) ، أو الوكيل عنهما ، والولي عليهما في البيوع المتعددة (٣) فيجب أن يعين من يقع له البيع ، أو الشراء من نفسه ، أو غيره .

وأن يُميز (٤) البايع من المشتّري اذا أمكن الوصفان في كل منهما

---

(١) تعليل لقوله : إن توقف تعين المالك على التعيين .

وقد عرفت التعليل عند قولنا في الهامش٤ ص ١٤ : وعلى الثاني .

(٢) وقد عرفت ذلك عندقولنا فيالهامش٤ ص١٤ : كما لو كان العاقد وكيلاً عنهما في البيع والشراء : بأن يكون وكيلا عن احدهما في البيع وعن الآخر في الشراء .

(٣) كما لو كان زيد وكيلاً عن عمرٍو ، أو ولياً عليه للشراء له والبيع عنه .

وكان وكيلاً ايضاً عن شخص ثانٍ ، أو ولياً عليه في الشراء له والبيع عنه .

ففي هاتين الصورتين يجب على الوكيل ، أو الولي تعيين البايع أو المشتّري عند صدور العقد منه .

(٤) بصيغة الفاعل اى على الوكيل عن زيد ، أو الولي عليه أن يميز البايع عن المشتّري حال صدور العقد منه .

هذه هي النظرية الثانية تعرض لها صاحب المقابيس - قدس سره - في مسألة اشتّراط قصد المتعاقدين لمدلول العقد الذي يتلفظان به .

وخلاصتها : أنه اذا كان شخص وكيلاً عن اثنين في البيع والشراء أو ولياً عليهما في البيع والشراء : بأن يصلح كل منهما أن يكون بايعاً =

فاذا عين (١) جهة خاصة تعينت .

وإن اطلق (٢) فإن كانت هناك جهة ينصرف اليها الإطلاق كان كالتعيين كما (٣) لو دار الامر بين نفسه

- أومشترياً فاوقع العقد من قبلهما : بأن اشترى لاحدهما وباع عن الآخر.

فهنا لايخلو الواقع من احد الامرين :

فإما أن يعين الوكيل ، أو الولي جهة خاصة : بأن يقول : اشتريت لزيد وكالة عنه ، أو ولاية عليه ، وبعت عن عمرٍو وكالة عنه ، أوولاية عليه ، فحينئذ تعينت الجهة الخاصة عند صدور العقد من الوكيل ، أوالولي ووقع العقد صحيحاً .

وإما أن يطلق : بأن لايقول : اشتريت لزيد وكالة عنه ، أو ولاية عليه ، ولا بعت لعمرٍو وكالة عنه ، أو ولاية عليه .

فإن كانت في هذه الحالة جهة ينصرف اليها الاطلاق اى قرينة معينة بها ينصرف هذا الاطلاق كان هذا الاطلاق كالتعيين أي يكون حكمه حكم ذاك من دون فرق بينهما .

كما لو دار الامر بين أن يكون الإنسان اصيلاً عن نفسه في المعاملة الصادرة عنه ، أو وكيلاً عن الغير ، فالقرينة الحالية الدالة على أن المعاملة الصادرة منه قد وقعت لنفسه تغنينا عن كونها صادرة منه لموكله ، لاحتياج الوكالة الى مؤونة زائدة ، والاصل عدمها .

(١) قد اشرنا الى معنى هذا عند قولنا : فإما أن يعين الوكيل .

(٢) قد اشرنا الى معنى هـذا في عند قولنا : وإما أن يطلق .

(٣) هذا تنظير لما اذا كانت في صورة الاطلاق جهةخاصة أى قرينة -

وغيره اذا (١) لم يقصد الإبهام، أوالتعيين بعدالعقد ، وإلا (٢) وقع لاغياً وهذا (٣) جارٍ في سائر العقود : من النكاح وغيره .

والدليل (٤) على اشتراط التعيين ، ولزوم متابعته في هذا القسم أنه اولا ذلك لزم (٥) بقاء الملك بلا مالك معين في نفس الامر ، وأن (٦)

= معينة ، فقد عرفت التنظير عند قولنا في ص ١٦ : كما لو دار الامر بين أن يكون .

(١) اى ماقلناه : من أن الاطلاق كالتعيين اذا كانت هناك قرينة معينة فيما اذا لم يقصد العاقد من العقد الإبهام ، أويقصد التعيين بعد العقد

(٢) اى لو قصد العاقد عند العقد الإبهام ، أو قصد التعيين بعد العقد فلا تنصرف المعاملة اليه فيقع العقد لاغياً .

(٣) أى ماقلناه : من التعيين والاطلاق جارٍ في جميع العقود من النكاح وغيره ، ولا اختصاص له بالبيع

(٤) من هنا اخذ المحقق التستري صاحب المقابيس في الاستدلال على اشتراط تعيين البايع من المشتري في العقد بأمور ثلاثة نشير الى كل واحد منها تحت رقمه الخاص .

(٥) هذا هو الدليل الاول .

وخلاصته أنه لو لم يشترط التعيين عند صدور العقد اذا لم يكن البايع والمشتري متعينين لزم بقاء الملك في عالم الواقع بلا مالك معين وهذا محال لأن البيع تمليك ، والتمليك متقدم بشيئين :

المالك والمملوك ، فاذا لم يكن المالك في البيع معيناً لزم تحقق الملكية بدون المالك وهو محال .

(٦) هذا هو الدليل الثاني . =

لايحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعين فيه العوضان ، ولا بشي (١) من الأحكام والآثار المترتبة على ذلك ، وفساد ذلك ظاهر ، ولادليل على تأثير التعيين المتعقب (٢) ، ولا (٣) على صحة العقد المبهم ، لإنصراف (٤) الأدلة الى ماهو الشايع المعروف من الشريعة ، والعادة (٥)

= وخلاصته : أن المستفاد من الأدلة الشرعية هو وجوب تحديد المنشأ من جهات عديدة .

(منها) : أن يكون محدداً بذاته كتعيين أنه بيع ، أو اجارة .

(منها) : تحديده من ناحية المميزات الخاصة كتعيين المالك والعوضين فالترديد في احدى الجهتين موجب لبطلان العقد ، لقيام الاجماع على ذلك

فالجزم بالمالك الخاص من العوامل الدخيلة في صحة العقد .

(١) هذا هو الدليل الثالث .

وخلاصته : إجراء أصالة الفساد في المعاملة التي لم يتعين البايع والمشتري فيها ، لأن الأدلة المستفادة منها صحة المعاملة منصرفة الى المعاملة التي عين فيها المالك ، فعند عدم تعيين المالك لاتأتي تلك الأدلة ، فمرجع مثل هذه المعاملة حينئذ الفساد .

(٢) اي بعد العقد .

(٣) أى ولا دليل ايضا على صحة العقد المبهم .

(٤) تعليل لعدم صحة العقد المبهم اى لانصراف أدلة صحة العقد الى العقد الشايع المعروف عند الشريعة وهي المعاملة المذكور فيها المالك والعوضان ونوعيتها : من كونها بيعاً ، أو مزارعة ، أو مساقاة ، أوغير ذلك

(٥) اى ولانصراف أدلة صحة العقد الى العقد الشايع المعروف من العادة ، فإن العادة تحكم بعدم تاثير المعاملة المعين فيها المالك عقيب العقد ، وبعد صدوره . =

فوجب الحكم بعدمه (١)

وعلى هذا (٢) فلو اشترى الفضولي لغيره في الذمة (٣) ، فإن عيّن ذلك الغير تعين ووقف على اجازته ، سواء تلفظ بذلك (٤) أم نواه (٥) وإن ابهم (٦) مع قصد الغير بطل ، ولا يتوقف الى أن يوجد له مجيز الى أن قال (٧) : وإن لم يتوقف (٨) تعين المالك على التعيين حال العقد : بأن يكون العوضان معينين ، ولا يقع العقد فيهما على وجه يصح إلا لمالكهما

= أو اذا كانت مبهمة : من حيث ذكر المالك ، أو العوضين ، أو نوعيتهما

(١) اي بعدم وجود الإبهام في العقد .

(٢) اى وعلى اشتراط تعيين البايع والمشتري في العقد .

(٣) اى في ذمة الغير : بمعنى أنه اشترى للغير شيئاً بمال الغير .

(٤) اى تلفظ بالغير واتى باسمه : بأن قال: اشتريت هذه الدار لزيد بمائة دينار في ذمة زيد .

(٥) اي ام نوى ذلك الغير .

(٦) اى فلو ابهم العاقد عند ما يجري العقد مع قصده الشراء للغير بطل العقد ، ولا يتوقف الى أن يوجد له مجيز .

(٧) اى المحقق التستري في المقابيس .

(٨) هذه هي النظريه الثالثة حول اشتراط قصد المتعاقدين لمدلول العقد الذي يتلفظان به .

وخلاصتها : أنه إن لم يتوقف تعين المالك على تعيين البايع والمشتري : بأن كان العوضان معينين كما اذا كان الثمن لزيد ، والمثمن لعمرو فوكلا شخصاً ثالثاً للمعاملة فباع المثمن بالثمن من دون تعيين المالكين . =

ففي وجوب (١) التعيين ، أو الإطلاق المنصرف اليه ، أو عدمه (٢) مطلقا ، أوالتفصيل (٣) بين التصريح بالخلاف فيبطل (٤) ، وعدمه (٥) فيصح : أوجه (٦) ؟

(أقواها الاخير (٧))

- فهل المعاملة هذه تقع صحيحة ، أوتتوقف على تعيين البايع والمشتري ؟ فالأقوال هنا ثلاثة :

(الاول) : وجوب التعيين ، أو الاطلاق المنصرف الى التعيين .

(الثاني) : عدم الوجوب مطلقا ، سواءٌ صرح بالخلاف ام لم يصرح ، لتعينه في الواقع فتصح المعاملة وإن صرح بالخلاف ، فضلاً عن قصده .

(الثالث) : التفصيل بين التصريح بالخلاف ، وعدمه،فإن صرح بالخلاف كما اذا كان الثمن لزيد فقال : بعته عن عمرو بطلت المعاملة .

وإن لم يصرح بالخلاف فالمعاملة صحيحة ، ولا تتوقف الصحة على التعيين .

(١) هذا هو القول الاول المشار اليه آنفاً

(٢) هذا هو القول الثاني المشار اليه آنفاً

(٣) هذا هو القول الثالث المشار اليه آنفاً

(٤) اى العقد كما عرفت في القول الثالث

(٥) اى وبين عدم التصريح بالخلاف فلا يبطل العقد كما عرفت في القول الثالث .

(٦) اى أقوال ثلاثة كما عرفتها كلها عند قولنا : الاول ، الثاني الثالث .

(٧) وهو القول بالتفصيل كما عرفته في القول الثالث .

(وأوسطها الوسط (١))

(وأشبهها للاصول الاول (٢))

وفي حكم (٣) التعيين ما اذا عين المال بكونه في ذمة زيد مثلاً

وعلى الأوسط (٤) لو باع مال نفسه عن الغير وقع عنه (٥)

---

(١) وهو القول الثاني كما عرفت .

(٢) وهو القول الاول كما عرفت اى أشبه الوجوه الثلاثة بالاصول القول الاول .

والمراد بالاصول هي الاصول الثلاثة .

أصالة الفساد .

أصالة عدم ترتب الاثر الذي هو النقل والانتقال .

أصالة عدم تحقق النقل والانتقال .

ولا يخفى أن ما افاده المحقق التستري من أقوائية القول الثالث وأوسطية القول الثاني غير ممكن الجمع .

(٣) اى وفي حكم تعين العوض وتشخصه في الخارج اضافة العوض الى شخص معين وإن كان كلياً ، فالأقوال الثلاثة تأتي في هذا العوض المضاف الى شخص معين ، ولاتختص بالعوض المعين الشخصي الخارجي .

(٤) اى وعلى القول الثاني من الأقوال الثلاثة التي ذكرناها لك وهو عدم وجوب التعيين مطلقا ، سواءً صرح بالخلاف ام لم يصرح .

(٥) اى وقع هذا البيع عن نفسه وشخصه ، لاعن الغير :

أما سر عدم مجيء القول الاول هنا هو عدم وجوب تعيين المالك واقعاً وفي نفس الامر .

وأما سر عدم مجيء القول الثالث فهو أن التصريح بالخلاف لايغير الواقع عما هو عليه .

ولغا قصد كونه عن الغير .

ولو (١) باع مال زيد عن عمرٍو ، فإن كان (٢) وكيلاً عن زيد صح عنه ، وإلا (٣) وقف على اجازته .

ولو اشترى (٤) لنفسه بمال في ذمة زيد ، فإن لم يكن وكيلا عن زيد وقع له (٥) وتعلق المال بذمته (٦) ، لا عن زيد ، ليقف (٧) على اجازته .

وإن كان (٨) وكيلاً فالمقتضي لكل من العقدين منفرداً موجود .

---

(١) اى وعلى القول الثاني الذي ذكرناه لك في ص ٢٠

(٢) اى البايع مال زيد لو كان وكيلاً عن زيد في البيع عن عمرٍو صح البيع عن عمرٍو .

أما سر عدم مجيء القول الاول والثالث هنا ماقلناه في الهامش ٥ ص ٢١ : فيما لو باع مال نفسه عن الغير .

(٣) اي وإن لم يكن البايع وكيلاً عن زيد في بيع ماله عن عمرٍو

(٤) اى وعلى القول الأوسط الذى هو القول الثاني .

(٥) اى وقع البيع عن نفس المشتري ، وتعلق ثمن هذا الشراء بذمته ولا يقع البيع عن زيد حتى يتوقف على اجازته ، فإن اجاز صح ، والا فلا

(٦) اى بذمة المشتري كما عرفت آنفاً .

(٧) اللام للغاية بمعنى حتى اى حتى يقف العقد على اجازة زيد الموكل

(٨) اى المشتري لنفسه بمالٍ في ذمة زيد لو كان وكيلاً عن زيد في الشراء .

خلاصة هذا الكلام أن مثل هذا الشراء في صورة الوكالة يمكن أن يقع لنفسه ، ويمكن أن يقع عن زيد الموكل ، لاقتضاء الشراء لكل واحد من العقدين منفرداً .

والجمع بينهما (١) يقتضي إلغاء احدهما .

ولمّا لم يتعين (٢) احتمل البطلان (٣) ، للتدافع .

وصحتُه (٤) عن نفسه ، لعدم تعلق الوكالة بمثل هذا الشراء وترجيح (٥) جانب الأصالة .

أما اقتضاؤه للمشتري فلاضافته الى نفسه في قوله : اشتريته لنفسي .

وأما اقتضاؤه للموكل فلاضافة ثمن الشراء الى ذمة زيد الذي هو الموكل

(١) اى بين العقدين وهما : إمكان وقوع العقد للمشتري ، ووقوعه للموكل

(٢) اى احد العقدين .

(٣) اى بطلان المعاملة لاجل التدافع .

وجه التدافع : أن اضافة الشراء لنفسه في قوله : اشتريته لنفسي تدفع الشراء للموكل .

واضافة الثمن الى ذمة الموكل في قوله : اشتريته لنفسي في ذمة زيد تدفع الشراء لنفسه ، فكل اضافة تدافع الاخرى ، فهذا التدافع موجب للبطلان .

(٤) اى واحتملت صحة هذه المعاملة الواقعة عن نفسه بمال في ذمة زيد

وجه الصحة أنه في مثل هذه الحالة يدور الامر بين وقوع المعاملة لنفسه أصالة ، ووقوعها عن زيد وكالة باضافة الثمن الى ذمة زيد .

لكن وقوعها عن نفسه أصالة أولى من وقوعها عن زيد وكالة ، لعدم تعلق الوكالة بمثل هذا الشراء الواقع عن نفسه ، ولترجيح جانب الأصالة على الوكالة .

(٥) بالجر عطفاً على مجرور (اللام الجارة) في قوله : لعدم اى ولترجيح جانب الأصالة كما عرفت .

وعن الموكل (١) ، لتعين العوض في ذمة الموكل .

فقصد (٢) كون الشراء لنفسه لغواً كما في المعين .

ولو اشترى (٣) عن زيد بشيء في ذمته فضولاً ولم يُجِزِ فاجاز عمرو لم يصح عن احدهما .

---

(١) اى ويحتمل وقوع المعاملة عن الموكل الذي اضاف المشتري ثمن الشراء الى ذمته ، للقاعدة المسلمة المعروفة : وهو دخول المثمن في ملك من خرج عنه الثمن .

إذاً صارت الاحتمالات ثلاثة .

(الأول) : بطلان المعاملة وفسادها ، للتدافع .

(الثاني) : صحة المعاملة ، للدوران المذكور .

(الثالث) : وقوع المعاملة عن زيد الموكل ، للقاعدة المسلمة .

(٢) الفاء تفريع على ما أفاده : من احتمال وقوع المعاملة عن الموكل أى فعلى ضوء ماذكرناه : من الاحتمال الثالث : وهو وقوع المعاملة عن الموكل ، للقاعدة المسلمة يكون قصد المشتري شراء السلعة عن نفسه باطلاً ولغواً .

كما لو كان الشراء من بادىء الامر معيناً .

(٣) اى وعلى القول الأوسط وهو القول الثاني المشار اليه في ص ٢٠ فلو اشترى شخص لزيد شيئاً فضولاً وجعل ثمنه بذمة زيد ولم يُجز زيد الشراء فاجاز عمرو الذي كان اجنبياً عن المعاملة ، لعدم شراء الفضولي لعمرو ، بل اشترى لزيد فلا يقع الشراء لزيد ، ولا لعمرو

أما عدم وقوعه لزيد فلعدم اجازته له .

ومن الواضح توقف صحة الشراء على الاجازة .　—

وقس على ما ذُكِر (١) حال مايرد من هذا الباب (٢)

ولا فرق (٣) على الأوسط في الأحكام المذكورة بين النية المخالفة والتسمية .

ويفرق بينهما (٤) على الأخير

ويبطل الجميع (٥) على الاول

انتهى كلامه (٦)

- وأما عدم وقوعه عن عمرٍو فلكونه اجنبياً عن المعاملة ، لعدم إقدام المشتري الشراء له .

(١) وهي الفروع المذكورة في قول صاحب المقابيس في ص١٤ : وإن لم يتوقف تعين المالك على التعيين الى قوله في ص١٦ : ولو اشترى عن زيد بشيء.

(٢) وهو باب توقف تعين المالك على تعيين البايع والمشتري أوعدمه

(٣) خلاصة هذا الكلام أنه لا فرق على القول الثاني المشار اليه في ص ٢٠ في الأحكام المذكورة التي هي الفروع المترتبة على قول صاحب المقابيس قدس سره بين كون العاقد ينوي مخالفة ما اوقعه أو يصرح بذلك ، لعدم وجوب تعين المالك على تعيين البايع والمشتري مطلقا سواء صرح بالخلاف ام لم يصرح .

(٤) اى بين نية الخلاف ، والتسمية على القول الاخير وهو القول الثالث المشار اليه في ص٢٠ ، لأن التصريح بالخلاف سبب لفساد المعاملة بخلاف ما اذا نوى فلا يبطل العقد .

(٥) وهو نية الخلاف ، أوالتصريح بالخلاف على القول الاول وهو المشار اليه في ص ٢٠ ، لوجوب تعيين البايع والمشتري ، أو الاطلاق المنصرف الى التعيين .

(٦) اى كلام المحقق التستري فيما افاده في المقابيس ، والذي نقله -

(اقول) (١) : مقتضى المعاوضة والمبادلة دخول كل من العوضين في ملك مالك الآخر ؛ وإلا (٢) لم يكن كل منهما عوضاً وبدلاً .

وعلى هذا (٣) فالقصد الى العوض وتعيينه يغني عن تعيين المالك .

إلا أن ملكية العوض ، وترتب آثار الملك عليه قد يتوقف على تعيين المالك ، فإن (٤) من الأعواض ما يكون متشخصاً بنفسه في الخارج كالأعيان (٥)

(ومنها) (٦) : مالا يتشخص إلا باضافته الى مالك كما في الذمم لأن ملكية الكلي لاتكون إلا مضافة الى ذمة (٧)

وإجراء أحكام الملك على مافي ذمة الواحد المردد بين شخصين

ـ عنه الشيخ هنا في ص ١٣ بقوله : واعلم أنه ذكر بعض المحققين .

(١) من هنا كلام شيخنا الانصارى يروم النقاش مع المحقق التستري حرفياً فيما افاده : من النظريات الثلاث .

(٢) اى وإن لم يكن مقتضى المعاوضة والمبادلة ماذكرناه .

(٣) اى وعلى هذا الاقتضاء .

هذا رد على النظرية الاولى لصاحب المقابيس المذكورة في ص ١٤ بقوله : إن توقف تعين المالك على التعيين اعتبر تعيينه في النية .

(٤) تعليل لتوقف ملكية العوض ، وترتب آثار الملك على العوض أحياناً على التعيين .

(٥) اى كالأعيان الخارجية المعلومة ، سواء أكانت نقوداً أم أعراضاً

(٦) اى وبعض الأعواض .

(٧) حيث إن الكلي لا يتشخص ولا يتعين في الخارج إلا باضافته الى الذمة .

فصاعدا (١) غير معهود .

فتعين الشخص في الكلي إنما يُحتاج اليه ، لتوقف اعتبار ملكية مافي الذمم على تعيين صاحب الذمة (٢)

فصح على ماذكرنا (٣) أن تعيين المالك مطلقا غير معتبر ، سواءً في العوض المعين (٤) أم في الكلي (٥) ، وأن (٦) ، اعتبار التعيين فيما ذكره (٧) من الأمثلة في الشق الاول (٨) من تفصيله إنما هو لتصحيح ملكية العوض بتعيين من يُضاف الملك اليه ، لا لتوقف المعاملة على تعيين

---

(١) كما اذا قال المشتري الفضولي : اشتريت للغير ولم يُضف المال الى ذمة شخص معين ، فإن الغير مجهول مردد بين شخصين فصاعداً .

(٢) بناءً على عدم معهودية إجراء أحكام الملك على ذمة الواحد المردد بين شخصين فصاعداً .

(٣) وهو أن مقتضى المعاوضة والمبادلة دخول كل من العوضين في ملك مالك الآخر .

(٤) كما في الأعيان الخارجية .

(٥) كما في الأعيان المتعلقة بالذمم .

(٦) هذا رد على ما افاده المحقق التستري بقوله في ص ١٥ : اعتبر تعيينه في النية ، أومع التلفظ به كبيع الوكيل ، والولي العاقد .

(٧) وهي المذكورة في قول صاحب المقابيس ، والذي نقله عنه الشيخ في ص ١٥ : كبيع الوكيل ، والولي العاقد عن اثنين في بيع واحد والوكيل عنهما ، والولي عليهما .

(٨) المراد منه هي النظرية الاولى للمحقق التستري التي نقلناها عنه في الهامش ٤ ص ١٤ بقولنا : هذه هي النظرية الاولى

ذلك الشخص بعد فرض كونه مالكاً ، فإن (١) من اشترى لغيره في الذمة اذا لم يعين الغير لم يكن الثمن ملكاً (٢) ، لأن مافي الذمة مالم يُضَف الى شخص معين لم تترتب عليه أحكام المال : من جعله ثمناً ،أومثمناً .

وكذا (٣) الوكيل ، أو الولي العاقد عن اثنين ، فإنه اذا جعل (٤) العوضين في الذمة بأن قال : بعت عبداً بالف ، ثم قال : قبلت فلا يصير العبد قابلاً للبيع ، ولا الالف قابلاً للاشتراء به حتى يُسنِد كلاً منهما الى معين ، أو الى نفسه من حيث إنه نائب عن ذلك المعين فيقول: بعت عبداً من مال فلان بالف من مال فلان فيمتاز البايع عن المشتري .

وأما (٥) ماذكره من الوجوه الثلاثة فيما اذا كان العوضان معينين

---

(١) تعليل لكون اعتبار التعيين إنما هو لتصحيح ملكية العوض لا لتوقف المعاملة على ذلك الشخص .

(٢) اى ملكاً للبايع .

(٣) هذا رد على ما افاده صاحب المقابيس في قوله في ص ١٥ عند نقل الشيخ عنه : كبيع الوكيل والولي العاقد عن اثنين .

(٤) اى اذا جعل الوكيل،أوالولي الثمن والمثمن فيالذمة ، ولم يضفهما الى شخص معين لايصير المثمن قابلاً للبيع ، ولا الثمن قابلاً للاشتراء به

(٥) هذا رد على النظرية الثالثة لصاحب المقابيس فيما افاده ونقله عنه الشيخ في ص ١٩ بقوله : وإن لم يتوقف تعين المالك على التعيين :

والمراد من الوجوه الثلاثة ما افاده صاحبالمقابيس بقوله في ص٢٠: ففيوجوب التعيين ، أو الاطلاق المنصرف الى التعيين، أو عدم وجوب التعيين مطلقاً ، أوالتفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل ، وعدم التصريح بالخلاف فيصح العقد .

فالمقصود اذا كان هي المعاوضة الحقيقية التي قد عرفت (١) أن من لوازمها العقلية دخول العوض في ملك مالك المعوض ، تحقيقاً (٢) لمفهوم العوضية والبدلية : فلا حاجة الى تعيين من ينقل عنها ، أو اليهما العوضان ، وإذا لم تقصد المعاوضة الحقيقية (٣) فالبيع غير منعقد .

فإن جعل العوض من عين مال غير المخاطب الذي ملّكه المعوّض فقال : ملكّتك فرسي هذا بحمار عمرٍو فقال المخاطب : قبلت : لم يقع البيع لخصوص المخاطب ، لعدم مفهوم المعاوضة معه (٤)

وفي وقوعه (٥) اشتراءً فضولياً لعمرٍو كلام يأتي .

(١) اى في قول الشيخ رداً على صاحب المقابيس في ص ٢٦ : أقول مقتضى المعاوضة والمبادلة .

(٢) منصوب على المفعول لاجله اي القول بأن من لوازم العقلية في المعاوضة الحقيقية دخول العوض في ملك مالك المعوض إنما هو لأجل تحصيل مفهوم العوضية والبدلية ، حيث إن مفهوم المعاوضة هو دخول المثمن في ملك من خرج الثمن من ملكه.

فكلما اطلقت المعاوضة والمبادلة فهم منها هذا المعنى .

(٣) التي عرفت معناها عند ما اورد الشيخ على صاحب المقابيس بقوله في ص ٢٦ : اقول : مقتضى المعاوضة والمبادلة دخول كل من العوضين في ملك الآخر .

(٤) اى مع هذا المخاطب ، حيث إن المخاطب قد قبل الفرس إزاء حمار عمرٍو فيلزم أن يدخل الفرس في ملكه ازاء خروج الحمار عن ملك عمرٍو ، وهو مناف لمفهوم المعاوضة الحقيقية التي عرفتها.

(٥) اى هل يقع هذا التمليك لعمرٍو الذي جعل المملك حماره ازاء فرسه تمليكاً فضولياً ؟

وأما ماذكره (١) من مثال من باع مال نفسه عن غيره فلا إشكال في عدم وقوعه عن غيره .

والظاهر (٢) وقوعه عن البايع ، ولغوية قصده عن الغير ، لأنه (٣) امر غير معقول لايتحقق القصد اليه حقيقة (٤) وهو (٥) معنى لغويته ولذا (٦) لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير مع اجازته كما سيجيء ولا يقع عن نفسه ابداً (٧)

- فيه بحث يأتي في عقد الفضولي :

(١) اى صاحب المقابيس

هذا تأييد لما افاده صاحب المقابيس في ص ٢١ : من وقوع البيع لنفسه لو باع مال نفسه عن الغير ، لاوقوعه عن الغير .

وخلاصته : أن وقوع البيع للغير مناف لمفهوم المعاوضة الحقيقية الذي هو دخول المثمن في ملك من خرج عنه الثمن .

(٢) وجه الظهور أن كلمة بعت موضوعة للمعاوضة الحقيقية والمبادلة الواقعية : وهو دخول المثمن في ملك من خرج عنه الثمن .

(٣) أى قصد البايع وقوع البيع عن الغير .

(٤) لأنك قد عرفت أن المعاوضة الحقيقية هو دخول المثمن في ملك من خرج عنه الثمن .

ومن الواضح أن البايع مال نفسه عن الغير قد دخل ثمن المبيع في ملك من لم يخرج المثمن من ملكه .

(٥) اى عدم تحقق القصد الى الغير هو معنى لغوية قصد الغير لو قصد البايع وقوع البيع عن الغير .

(٦) أى ولأجل عدم تحقق قصد الغير لو قصده البايع .

(٧) لعدم تحقق مفهوم المعاوضة الحقيقية .

نعم (١) لو ملّكه فاجاز (٢) قيل بوقوعه له ، لكن لامن حيث إيقاعه اولاً لنفسه ، فإن القائل به (٣) لا يفرق حينئذ (٤) بين بيعه عن نفسه ، أو عن مالكه .

فقصد (٥) وقوعه عن نفسه لغو دائماً ، ووجوده كعدمه .

إلا (٦) أن يقال : إن وقوع بيع مال نفسه لغيره إنما لايعقل اذا فرض قصده للمعاوضة الحقيقية ، لِمَ لا يُجعل هذا قرينة على عدم ارادته من البيع المبادلة الحقيقية ، أو على تنزيل الغير منزلة نفسه في مالكية المبيع

---

(١) استدراك عما افاده : من أنه لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير ، لا لنفسه .

وخلاصته : أنه لو ملّك الغير ماله للبايع بعد أن باع البايع عن نفسه ثم اجاز البايع بعد تملكه للمال البيعَ .

قيل بوقوع البيع للبايع حينئذ .

لكن وقوعه له لايكون من باب أن البايع الفضولي قد اوقع البيع لنفسه قبل تملكه له ، بل من باب أنه بعد اجازته للبيع ، وبعد أن صار المبيع ملكاً له قد وقع البيع له ، لأن القائل بوقوع البيع للفضولي بعد تمليكه المال له لايفرق بين بيعه عن نفسه ، أو عن مالكه .

(٢) اى البايع الفضولي بعد تملكه المال .

(٣) اى بوقوع البيع للبايع الفضولي بعد تملكه للمبيع .

(٤) أى حين تمليك الغير ماله للبايع الفضولي كما عرفت آنفاً .

(٥) الفاء تفريع على ما أفاده : من أن من باع مال الغير عن نفسه بطل قصد البيع عن نفسه .

(٦) استدراك عما افاده : من صحة وقوع البيع لنفسه لو باع ماله عن الغير ، ولا يصح وقوعه عن الغير .

كما سيأتي (١) : أن المعاوضة الحقيقية في بيع الغاصب لنفسه لايتصور إلا على هذا الوجه (٢)

وحينئذ (٣)

وخلاصته : أنه إنما نقول بعدم وقوع البيع للغير فيما اذا باع ماله عن الغير لو قصد المعاوضة الحقيقية التي عرفت معناها في ص ٢٦

ومن المحتمل ارادة غير المعاوضة الحقيقية .

أو ارادة تنزيل البايع الغير منزلة نفسه حقيقة .

كما في الحقيقة الادعائية في قول السكاكي : زيد اسد ، حيث ادعى أن زيداً اسد حقيقة .

والدليل على هذا الاحتمال هو إقدامه على بيع ماله عن الغير ، اذ نفس هذا الإقدام قرينة على أنه لم يرد من المعاوضة المعاوضة الحقيقية ، أونزّل الغير منزلة نفسه حقيقة .

ولا يخفى أنه اذا لم يرد من المعاملة المعاوضة الحقيقية فأي شيء يراد منها ؟

فإن اريد منها النقل والانتقال فهو معنى المعاوضة الحقيقية ، حيث إن البايع ينقل المثمن الى ملك المشتري ، والمشتري ينقل الثمن الى ملك البايع فيكون هذا نتيجة المعاوضة الحقيقية التي هو دخول المثمن في ملك من خرج عنه الثمن .

وإن اريد منها المعاطاة فكذلك هي المعاوضة الحقيقية .

(١) أى في باب بيع الفضولي إن شاء الله تعالى

(٢) وهو تنزيل الغاصب نفسه منزلة المالك حقيقة

(٣) اى وحين أن نزل المالك الغير منزلة نفسه ، أو حين أن أريد من المعاوضة المعاوضة غير الحقيقية نحكم ببطلان مثل هذه المعاملة التي باع المالك -

بحكم ببطلان المعاملة ، لعدم (١) قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقي .

ومن هنا (٢) ذكر العلامة وغيره في عكس المثال المذكور (٣) أنه لو قال المالك (٤) للمرتهن : بعه لنفسك بطل (٥)

وكذا (٦) لو دفع مالاً الى من يطلب الطعام وقال : اشتر به لنفسك طعاماً .

= مال نفسه عن الغير .

ولا يخفى أن الحكم بالبطلان مناف للإستدراك المذكور بقوله : إلا أن يقال ، لأن الغاية من الاستدراك تصحيح الحكم ببطلان المعاملة المذكورة أي يحكم بصحة بيع المالك مال نفسه عن الغير .

وهنا نرى أن الشيخ قدس سره حكم في الاستدراك ببطلان البيع ايضا لو اريد من المعاوضة المعاوضة غير الحقيقية ، أو اريد منها تنزيل الغير منزلة نفسه .

فما معنى هذا الاستدراك ؟

(١) تعليل للحكم بالبطلان المذكور .

ولا يخفى عليك أن عدم قصد المعاوضة الحقيقية هو المدعى في قول الشيخ : لِمَ لا يُجعل هذا قرينة على عدم ارادته من البيع المبادلة الحقيقية .

(٢) وهو عدم قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقي .

(٣) المراد من المثال المذكور هو بيع المالك مال نفسه عن الغير .

وعكس هذا هو بيع مال الغير عن نفسه .

(٤) وهو الراهن

(٥) وجه البطلان واضح : وهو عدم قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقي .

(٦) اى وكذا يبطل أيضاً ، وجه البطلان كما ذكرناه في قول الراهن

هذا (١)

ولكن الأقوى صحة المعاملة المذكورة (٢) ، ولغوية القصد المذكور لأنه راجع الى ارادة ارجاع فائدة البيع الى الغير ، لاجعله (٣) احد ركني المعاوضة .

وأما حكمهم ببطلان البيع في مثال الرهن (٤) ، واشتراء (٥) الطعام فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب ، لا أن المخاطب اذا قال : بعته لنفسي ، أو اشتريته لنفسي لم يقع لمالكه اذا اجازه (٦)

وبالجملة (٧) فحكمهم (٨) بصحة بيع الفضولي ، وشرائه لنفسه ووقوعه للمالك يدل على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك (٩) .

(١) أي خذ ماتلوناه عليك في هذا الباب .

(٢) وهو بيع المالك مال نفسه عن الغير .

(٣) اى لاجعل الغير احد ركني المعاوضة حتى يقال بعدم صحة المعاملة لعدم قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقي .

(٤) كما افاده العلامة الحلي قدس سره بقوله في ص ٣٣ : إنه لو قال المالك للمرتهن : بعه لنفسك بطل .

(٥) بالجر عطفاً على مجرور (الباء الجارة) في قوله : ببطلان البيع اى وأما حكمهم ببطلان شراء الطعام لنفسه في قوله في ص٣٣: اشتر به طعاماً لنفسك .

(٦) اى اذا اجاز المالك هذا الشراء ، أوالبيع .

(٧) اى وخلاصة الكلام وحاصله في هذا المقام .

(٨) اى حكم الفقهاء

(٩) اى لوقصد الغير كما فيما نحن فيه ، بل البيع يقع للمالك فقط فقصد الغير يكون لغواً .

ثم إن ماذكرناه (١) كله حكم وجوب تعيين كل من البائع والمشتري من (٢) يبيع له ، ومن يشتري له

وأما تعيين الموجب لخصوص المشترى المخاطب ، وتعيين القابل لخصوص البائع فيحتمل اعتباره (٣) .

---

(١) وهو الذي ذكره عن المحقق التستري صاحب المقابيس في ص ١٤ بقوله : قال : وتحقيق المسألة : أنه إن توقف تعين المالك على التعيين اعتبر تعيينه الى أن قال : فيجب أن يعين من يقع له البيع ، أو الشراء من نفسه ، أو غيره ، وأن يميز البائع من المشتري .

(٢) كلمة من في الموضعين موصولة ومنصوبة ، بناءً على أنها مفعول للمصدر المضاف الى فاعله ، والمصدر هي كلمة تعيين في قوله : تعيين كل من البائع والمشتري اي يجب على البائع تعيين من يبيع له ، ويجب على المشتري تعيين من يشتري له .

أى كل ماذكرناه عن صاحب المقابيس في هذا المقام كان حول أنه على البائع وجوب تعيين مَن يبيع له ، وعلى المشتري وجوب تعيين مَن يشتري له .

وهذه هي النظرية الاولى للمحقق التستري المشار اليها في الهامش ٤ ص١٤

(٣) من هنا يروم الشيخ أن يناقش المحقق التستري فيما افاده : من وجوب تمييز البائع عن المشتري الذي نقله عنه الشيخ في ص١٥ بقوله : وأن يميز البائع عن المشتري .

وعبرنا نحن عن هذا في الهامش ٤ ص ١٥ بالنظرية الثانية .

وخلاصة النقاش : أن علم الموجب بكون القابل يقبل لنفسه ، أولغيره والغير لابد أن يكون معلوماً عنده : من أنه زيد ، أو عمرو .

وكذا علم القابل بكون الموجب أوجب البيع لنفسه،أولغيره،والغير ـ

إلا (١) فيما عُلم من الخارج عدم ارادة خصوص المخاطب لكل

ــ لابد أن يكون معلوماً عنده : من أنه زيد ، أوعمر : يحتمل اعتباره وتعيينه فيما اذا كانت هناك خصوصية ملحوظة كما اذا أراد البائع البيع للذرية العلوية الطاهرة ، أو لمن كان متصفاً بالورع والتقوى ، أو لمن كان من أهل العلم والفضيلة ، أولمن كان رحماً له ، أو غير ذلك من الصفات والخصوصيات المطلوبة عند طلابها .

وكذا المشتّري اراد من الشراء الشراء للمذكورين المتصفين بتلك الخصوصيات المذكورة .

(١) هذا استثناء عما افاده : من وجوب تعيين البايع وتمييزه عن المشتّري فيما اذا كانت هناك خصوصية .

وخلاصته: أنه اذا كانت هناك قرينة خارجية على عدم ارادة خصوص المخاطب ، وأنه لم تكن ملاحظة في البين كما في غالب البيوع والاجارات حيث إن البائع ، أوالموجر لايريدان من ضمير المخاطب في قولهما : ملكتك الدار ، أو منفعة الدار سنة كاملة مثلاً المخاطب المخصوص .

بل يريدان الأعم منه اي يقصدان من الضمير أي شخص كان المشتّري سواءً أكان مالكاً حقيقياً أم جعلياً كما في المشتّري الغاصب الذي اشترى بمال غصيب شيئاً ، أم كان بمنزلة المالك كالمأذون في الشراء من قبل شخص ، أم كان ولياً على من يشتّري له كالجد الابي ، والحاكم الشرعي فإن البائع غرضه من البيع بيع سلعته وجلب الثمن اليه ، ولايقصد من المخاطب مخاطباً مخصوصاً فحينئذ لايعتبر تعيين البائع والمشتّرى ، وتمييزكل واحدمنهما عن الآخر

من المتخاطبين (١) كما في غالب البيوع والاجارات ، فحينئذ (٢) يراد من ضمير المخاطب في قوله : ملكتك كذا ، أو منفعة كذا بكذا هو المخاطب بالاعتبار الأعم : من كونه مالكاً حقيقياً ، أوجعلياً كالمشتري الغاصب أو من هو بمنزلة المالك باذن ، أو ولاية .

ويحتمل عدم اعتباره (٣) إلا (٤) إذا علم من الخارج ارادة خصوص الطرفين كما في النكاح ، والوقف الخاص ، والهبة ، والوكالة ، والوصية .

والأقوى هو الاول (٥) عملا (٦) بظاهر الكلام الدال على قصد الخصوصية ، وتبعية العقود للقصود .

---

(١) وهما : البائع والمشتري ، حيث إن المشتري يكون مخاطباً للبائع عند الايجاب ، والبائع يكون مخاطباً للمشتري عند القبول .

(٢) اى حين أن اريد عدم ارادة خصوص المخاطب بواسطة القرينة الخارجية كما عرفت .

(٣) اى عدم اعتبار تعيين البائع والمشتري ، وتمييز كل واحد عن الآخر عند ارادة مخاطب مخصوص فيما اذا كانت هناك خصوصية ملحوظة

(٤) استثناء عما افاده : من عدم اعتبار التعيين فيما اذا علم أن هناك خصوصية ملحوظة .

وخلاصته أن ارادة خصوص الطرفين مما لابد منه في مثل النكاح والوقف الخاص ، والهبة والوصية والوكالة ، حيث إنها مما لايقبل الوكالة

(٥) وهو اعتبار تعيين البائع والمشتري فيما اذا كانت هناك خصوصية ملحوظة .

(٦) تعليل لأقوائية القول الاول .

وخلاصته : أن ظاهر كلام كل من المتخاطبين يدل على قصد الخصوصية –

وعلى فرض القول الثاني (١) فلو صرح بارادة خصوص المخاطب اتبع قصده فلا يجوز للقابل أن يقبل عن غيره .

قال (٢) في التذكرة : لو باع الفضولي ،أواشترى مع جهل الآخر (٣) فإشكال ينشأ من أن الآخر إنما قصد تمليك العاقد (٤)

وهذا الإشكال (٥) وان كان ضعيفاً مخالفاً للاجماع والسيرة (٦)

- وبالاضافة الى أن العقود تابعة للقصود ، فإن البايع لما قصد من ضمير المخاطب خصوصية فلابد من وقوعها كذلك حتى يكون العقد تابعاً للقصود ولو لم يقع ماقصد انخرمت القاعدة المذكورة :

وهي أن العقود تابعة للقصود فيلزم أن ما قُصِد لم يقع ، وما وقع لم يُقصد .

(١) وهو عدم اعتبار التعيين عند ارادة خصوص المخاطب .

(٢) هذا تأييد من الشيخ لما افاده : من أنه على فرض القول الثاني فلو صرح بارادة خصوص المخاطب اتبع قصده فلا يجوز للقابل أن يقبل عن غيره .

(٣) وهو البائع او كان المشتري فضولياً ، والمشتري لو كان البائع فضولياً .

(٤) فظهر أن العاقد فضولي ، سواءٌ أكان البايع ام المشتري .

(٥) وهو أن الآخر إنما قصد تمليك العاقد ، لا الفضولي .

هذا كلام شيخنا الانصاري يريد أن يورد على الإشكال الذي افاده العلامة قدس الله نفسه .

(٦) حيث إن الاجماع والسيرة قاما على صحة بيع الفضولي وشرائه بعد الاجازة ، لأن العقد مركب من الايجاب والقبول وقد حصلا ومن الاجازة ، وقد وقعت ، وهذا وجه الضعف .

إلا أنه (١) مبني على ماذكرناه : من (٢) مراعاة ظاهر الكلام (٣)

وقد (٤) يقال في الفرق بين البيع وشبهه ، وبين النكاح : إن (٥) الزوجين في النكاح كالعوضين في سائر العقود ، وتختلف الأغراض باختلافهما

---

(١) اى إشكال العلامة .

(٢) كلمة من بيان لما ذكرناه .

(٣) حيث إن ظاهر كلام كل من البائع والمشتري يدل على قصد الخصوصية فلابد من وقوعه على تلك الخصوصية .

(٤) دفع وهم .

حاصل الوهم : أنه ما الفرق بين البيع والاجارة ، حيث قلتم بعدم اعتبار التعيين فيهما ولو قُصِدت الخصوصية ،وبين النكاح : حيث قلتم باعتبار التعيين فيه ولو قصدت الخصوصية ؟

(٥) - هذا هو الجواب الاول عن التوهم المذكور .

وحاصله : أن الفرق واضح ، لأن الزوجين في النكاح بمنزلة العوضين في البيع ، وسائر العقود .

فكما أنه يجب تعيين العوضين ، وكونهما معلومين .

كذلك الزوجان لابد من كونهما معينين ، اذ ليس كل انسان يُقدِم على زواج أية امرأة ، بل يلاحظ في الزواج معها الخصوصيات البيتيــة وما كان دخيلاً في الرغبة اليها .

وكذا ليست كل امرأة تُقدِم على الزواج مع أي رجل .

وذلك لاختلاف الأغراض باختلاف الزوجين .

فحينئذ وجب التعيين حتى يرد الايجاب والقبول في النكاح على امرٍ واحد ، اي على زوجة معيّنة ، وزوج معين.

فلابد من التعيين ، وتوارد (١) الايجاب والقبول على امر واحد .

ولأن (٢) معنى قوله : بعتك كذا بكذا رضاه بكونه مشترياً للمال المبيع ، والمشتري يطلق على المالك،ووكيله (٣)

ومعنى قولها : زوجتك نفسي رضاها بكونه زوجاً ، والزوج لايطلق على الوكيل انتهى .

ويرد (٤) على الوجه الاول من وجهي الفرق أن كون الزوجين كالعوضين إنما يصلح وجهاً لوجوب التعيين في النكاح ، لا لعدم وجوبه في البيع .

مع (٥) أن الظاهر أن ما ذكرناه : من الوقف واخوته كالنكاح في عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه النيابة ، أوالفضولي فلابد من وجه مطرد في الكل .

---

(١) بالجر عطفاً على مجرور (من الجارة) في قوله : فلابد من التعيين

(٢) هذا هو الجواب الثاني عن التوهم المذكور .

وقد ذكر الشيخ الجواب في المتن فلا نعيده .

(٣) اى ويطلق المشتري على وكيل المالك حقيقة كاطلاقه على نفس المالك حقيقة .

(٤) من هنا يروم الشيخ أن يرد الوجه الاول : وهو أن الزوجين في النكاح كالعوضين في سائر العقود .

وخلاصته : أن الدليل الأول إنما يصلح دليلاً لوجوب تعيين الزوجين في النكاح فقط ، ولا يصلح دليلاً لعدم وجوب التعيين في البيع ، وبقية العقود

بعبارة اخرى أن اثبات الشيء لاينفي ماعداه .

(٥) هذا إشكال آخر على الدليل الاول للفرق بين البيع والنكاح -

وعلى الوجه (١) الثاني أن معنى بعتك في لغة العرب كما نص عليه فخر المحققين وغيره هو ملكتك بعوض ، ومعناه جعل المخاطب مالكاً

ومن المعلوم أن المالك لايصدق على الولي والوكيل والفضولي (٢)

فالأولى في الفرق ماذكرناه: من أن الغالب في البيع والاجارة هو قصد المخاطب ، لامن حيث هو ، بل بالاعتبار الأعم من كونه أصالة أو عن الغير (٣)

ولا ينافي (٤) ذلك عدم سماع قول المشتري في دعوى كونه غير اصيل

- وخلاصته : أن الدليل الذي ذكره المستدل يخص النكاح فقط ، ولا يشمل بقية أخواته : من الوقف الخاص ، والهبة ، والوكالة والوصية ، مع أن هذه كالنكاح في وجوب التعيين ، وأنها لاتقبل الوكالة فلا يجوز قصد القابل القبول فيها على وجه النيابة ، أو الفضولي .

فما ذكر دليلاً للفرق بين البيع والنكاح لايكون مطرداً في أخواته فلابد من الاتيان بدليل يكون مطرداً في الكل .

(١) اى ويرد على الوجه الثاني لبيان الفرق بين البيع والنكاح .

هذا إشكال من الشيخ على الدليل الثاني للفرق . وقد ذكره في المتن فلا نعيده .

(٢) لصحة سلب معنى المالكية عن الولي ، والوكيل ، والفضولي فيقال : إنهم ليسوا مالكين .

(٣) كالمالك الجعلي ، والمأذون ، والولي .

(٤) دفع وهم .

حاصل الوهم : أنه اذا كان الغالب في البيع والاجارة هو قصد المخاطب بالمعنى الأعم ، لامن حيث هو هو كما عرفت في الهامش ١ ص ٣٦ =

فتأمل (١)

بخلاف النكاح ، وما اشبهه (٢) ، فإن الغالب قصد المُتكلم للمخاطب من حيث إنه ركن للعقد (٣)

بل ربما (٤) يستشكل في صحة أن يرادمن القرينة المخاطب من حيث قيامـــه مقام الاصل كما او قال : زوجتك مريداً له باعتبار كونه وكيلاً عن الزوج .

وكذا قوله : وقفت عليك ، واوصيت لك ؛ ووكلتك .

- فلماذا لا يُسمع الى قول المشتري لو ادعى أنه ليس اصيـــلاً في الشراء مع أن دعواه لابد أن تكون مسموعة حسب تقريركم؟

فاجاب الشيخ عن هذا التوهم : أنه لامنافاة بين كون الغالب في البيع والاجارة هو قصد المخاطب بالمعنى الأعم ، لامن حيث هو هو .

وبين عدم سماع قول المشتري عدم الشراء لنفسه أصالة .

ووجه عدم المنافاة : هو أن الظاهر من قول المشتري : اشتريت ، أو قبلت ، أو تملكت هو إسناد الشراء لنفسه ، لا للغير ، فلو ادعى عكس ذلك حينئذ لاتسمع ، لكونها خلاف الظاهر .

(١) اشارة الى ماذكرناه : من عدم وجه المنافاة .

(٢) من الوقف الخاص ، والوصية والهبة ، والوكالة :

(٣) اى لابمعناه الأعم ، بل من حيث هو هو .

(٤) هذا ترق من الشيخ عما افاده : من أن الغالب في النكاح وما اشبهه: من الوقف والوصية ، والهبة ، والوكالة هو قصد المتكلم المخاطب من حيث إنه ركن للعقد .

ولعل (١) الوجه عدم تعارف صدق هـذه العنوانات على الوكيل فيها ، فلايقال للوكيل : الزوج ، ولا (٢) : الموقوف عليه ، ولا : الموصى له (٣) ولا الموكل (٤)

بخلاف البائع والمستأجر (٥) فتأمل (٦)

- وخلاصته : أنه لربما يستشكل في صدق عنوان الزوج على الوكيل ولو مجازاً ، وأن العرف لايطلق اسم الزوج على الوكيل اصلاً حتى مجازاً فلامجال للقول بأن الغالب في النكاح ، وما أشبهه .

بل لابد من القول بعدم وجود استعمال الزوج في الوكيل أبداً حتى في مورد واحد ولو مجازاً .

(١) اى ولعل السر في عدم اطلاق الزوج على الوكيل، وعلى ماذكر من الوقف ، والوصية، والوكالة .

(٢) اى ولا يقال للوكيل : الموقوف عليه .

(٣) اى ولا يقال للوكيل : الموصى له .

(٤) اى ولا يقال للوكيل : الموكل .

(٥) فإنه يطلق الوكيل عليهما فيقال : إنهما وكيلان عن المالك .

(٦) لما افاد الشيخ في الفرق بين البيع والاجارة ، وبين النكاح : بان المتكلم لايقصد من المخاطب في البيع والاجارة مخاطباً خاصاً من حيث هو هو ، بل يقصد منه الأعم فلذا يصح اطلاق الوكيل عليهما .

بخلاف النكاح ، حيث إن المتكلم يقصد من المخاطب مخاطباً خاصاً لأن الزوجين فيه ركنان ركينان فلا يصح اطلاق الوكيل عليهما .

فقال : فالأولى في الفرق .

ثم افاد أن السر والعلة في ذلك هو عدم تعارف صدق عنوان الزوجية والوصية ، والوكالة ، والوقف الخاص على الوكيل . -

حتى لايتوهم رجوعه (١) الى ماذكرناه سابقاً (٢) واعترضنا عليه (٣)

- وتعارف صدق الوكيل على البائع والمستأجر بقوله في ص ٤٣ : ولعل الوجه عدم تعارف : توهم أن هـذا الفرق هو الفرق الذي ذكره القيل بقوله في ص ٣٩ : وقد يقال في الفرق بين البيـع .

فمرجع ماذكره الشيخ من الفرق الى ذلك الفرق بعينه ، فلماذا ورد على الفرق المذكور بقوله في ص ٤٠ : ويرد على الوجـه الاول ، وفي ص ٤١ وعلى الوجه الثاني ؟

فدفعاً لهذا التوهم افاد أن تعارف صدق الوكيل على البائع والمستأجر واطلاقه عليهما ليس من باب الحقيقة كما افاده القيل ، حيث اراد من اطلاق الوكيل عليهما اطلاقاً حقيقياً كما في قوله في ص ٤٠ : والمشتري يطلق على المالك ووكيله .

بل اطلاقه عليهما بنحو المجاز

فاذاً لايكون مرجع ماذكره الشيخ من الفرق الى الفرق الذي ذكره القيل، وثبت أن إشكال الشيخ وارد على الوجه الثاني من وجهي القيل المنقول في ص ٤٠ بقوله : ولأن معنى قوله : بعتك .

(١) اى رجوع الفرق الذي ذكره الشيخ الى الفرق الذي ذكره القيل كما عرفت آنفـاً .

(٢) وهو الفرق الذي ذكره القيل كما عرفته آنفاً .

(٣) اى على ماذكرناه سابقاً : وهو الفرق الذي افاده القيل بقوله في ص ٣٩ : وقديقال

فاعتراض الشيخ على ما ذكره القيل من الفرق في الوجـه الاول المذكور في ص ٣٩ بقوله : إن الزوجين في النكاح .

وفي الوجه الثاني المذكور في ص ٤٠ بقوله : ولأن معنى قوله : بعت : وارد لامحالة.

(مسألة) : ومن شرائط المتعاقدين الاختيار (١) والمراد به القصد الى وقوع مضمون العقد عن طيب النفس في مقابل الكراهة ، وعدم طيب النفس ، لا (٢) الاختيار في مقابل الجبر .

ويدل عليه (٣) قبل الاجماع قوله تعالى : إلا أن تكون تجارة عن تراض (٤)

وقوله صلى الله عليه وآله وسلم ! لا يحل مال امرء مسلم إلا عن طيب نفسه (٥)

وقوله صلى الله عليه وآله وسلم في الخبر المتفق عليه بين المسلمين :

---

(١) اشتراط الخيار إنما يكون لو كان الإكراه بغير حق .

وأما إذا كان بحق فلا يعتبر الاختيار في المتعاقدين كما في الاحتكار فإنه يصح بيع مال المحتكر بلا رضاً منه لو أمر بذلك الحاكم الشرعي .

وكما في بيع الطعام على من هو مشرف على الهلاك لو اجبره الحاكم الشرعي ، أو عدول المؤمنين ، أو نفس المشتري ، فإنه يصح بيعه وإن لم يكن راضياً .

وغير ذلك من الموارد المصرح بها في أبواب الفقه .

(٢) اى وليس معنى الاختيار مايكون في مقابل الجبر كما في حركة المرتعش .

(٣) اى على اعتبار الاختيار في المتعاقدين بالمعنى الذي فسرناه نحن

(٤) وتجارة عن تراضٍ إنما تصدق لو كان هناك اختيار ، وطيب النفس من الطرفين .

وأما اذا كان هناك إكراه فمن أين تصدق وتجارة عن تراض ؟

(٥) مرت الإشارة الى الحديث في (المكاسب) من طبعتنا الحديثة الجزء ٦ . ص ١٨٠ - ١٨١ . الهامش ٥

فالحديث هذا يدل على لزوم الاختيار في المتعاقدين .

رفع ، أووضع عن امتي تسعة أشياء ، أوستة (١) ومنها ما اُكرِهوا عليه.

---

(١) راجع (وسائل الشيعة) . الجزء ٥ . ص ٣٤٥ . الباب ٣٠ الحديث ٢ . اليك نص الحديث .

محمد بن علي بن الحسين قال : قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: وضع عن امتي تسعة أشياء :

السهو ، والخطأ ، والنسيان ، وما اُكرِهوا عليه ، وما لايعلمون وما لايطيقون ، والطيرة ، والحسد ، والتفكر في الوسوسة في الخلق ما لم ينطق الانسان بشفة .

فالحديث هذا يدل على لزوم الإختيار في المتعاقدين .

ولما انجر بنا البحث الى حديث الرفع المشتهر بين أعلام الطائفة وحملة الحديث ، والذى اصبح من الصحاح ، ولذا يغنيناعن التكلم عن سنده: رأينامن المناسب ، بل من اللازم اشارة اجمالية الى جوانب من فقه الحديث ليكون القارىء النبيل محيطاً بها ، خبيراً بالمعنيّ من الرفع .

فنذكر هنا بحوله وقوته على سبيل الاختصار ما استفدناه من مجلس درس (سيدنا الاستاذ المرحوم السيد البجنوردي) قدس الله نفسه عندما كنا نحضر بحثه الشريف في (الجامع الطوسي) قبل تجديد بنائه .

اليك خلاصة ما افاضه علينا طيب الله رمسه في طي امور

(الامر الاول) : الفرق بين الرفع والدفع :

اعلم أن الرفع يستعمل عرفاً في إزالة شيء موجود مع وجود المقتضي لبقائه .

والدفع يستعمل عرفاً في شيء لم يوجد بَعدُ ، مع وجود المقتضي لوجوده ويفترقان في مورد آخر : وهو أن الرفع لايردإلا في مورد اثر المقتضي -

. . . .

= بالكسر اثره فصار المقتضي بالفتح موجوداً .

بخلاف الدفع ، حيث إنه يرد بعد وجود المقتضى بالكسر ولم يوجد المقتضى بالفتح بَعدُ .

وإن شئت قلت : الرفع مانع عن تأثير المقتضي بقاءً ، والدفع مانع عن تأثيره حدوثاً .

فالحاصل أن مفهوم الرفع عرفاً هو ازالة الموجود مع وجود المقتضي لبقائه فهو ظاهر فيما له سبق وجود .

ومفهوم الدفع عرفاً هو منع تأثير المقتضي في وجود الشيء فهو ظاهر فيما ليس له سبق وجود .

(الامر الثاني) : إن المراد من الرفع في هـذه الامور التسعة المذكورة في الحديث الشريف هو الرفع التشريعي :

بمعنى أنه إنشاء لرفع هـذه الامور في عالم الاعتبار التشريعي باعتبار آثارها الشرعية المترتبة على موضوعاتها في مواردها .

فالرفع التشريعي ليس إخباراً عن ارتفاع الشيء كي يكون كـذباً ليحتاج الى التقدير ، صوناً لكلام الحكيم عن الكذب واللغوية .

وبعبارة اخرى لسنا نقول : إن الرفع التشريعي يتعلق بنفس المذكورات فإن المذكورات في حديث الرفع غير (مالايعلمون) لاتقبل الرفع التشريعي لأنها من الامور التكوينية الخارجيـة فلا يكون رفعها إلا برفع أسبابها وعللها .

بل رفعها تشريعاً إنما هو برفع آثارها الشرعية :

ثم إن ذلك الشيء هل هو خصوص المؤاخذة في الجميع كما أفيد ؟ أو جميع الآثار كما قيل ؟

. . . .

- أو الاثر الظاهر في كل واحد منها كما افاده (شيخنا الانصاري) قدس سره ؟

خذ لذلك مثالاً :

نُهي المصلي عن التكلم بكلام الآدميين في الصلاة ، وأنه مبطل لها عمداً فاذا تكلم به نسياناً فلا يترتب عليه ذلك الاثر الشرعي الذي هو البطلان .

فالنسيان يرفع ذاك الاثر ، وليس معنى الرفع تشريعاً سوى هذا .

وهكذا في بقية الامور الواردة في الحديث الشريف : من الاضطرار والإكراه ، وغيرها ، فإنه لو صدر من المكلف في حالة الاضطرار ، أو الإكراه شيء فلا يترتب على تلك الحالة الاثر الشرعي الذي كان يترتب على حالة الإختيار ، وعدم الاضطرار : من الأحكام التكليفية والوضعية .

فالخلاصة أن الرفع منزل منزلة العدم في عالم التشريع كما في قول الفقهاء : (لاشك لكثير الشك) المتصيد من الروايات : بمعنى أن شك كثير الشك في عالم الاعتبار التشريعي نازل منزلة العدم فشكه غير مؤثر فلا يترتب على شكه مايترتب على غير كثير الشك : من أحكام الشك اذا كان في تشريع الرفع امتنان على العباد .

(الامر الثالث) : أن المراد من رفع الآثار بحديث الرفع هي الآثار التي تعرض على موضوعاتها ، من دون أن تكون مقيدة بوجود احد هذه العناوين ، ولا مقيدة بعدم احد هذه العناوين ، لأنه اذا قيدت بالوجود يلزم أن لا يرتفع ذلك الاثر عند وجود احد هذه العناوين ، اذ الموضوع للاثر مستدع لوضعه ، ولايمكن أن يكون موجهاً لرفعه ، للزومه الخلف -

. . . .

- كما في كفارة قتل الخطأ ، ووجوب سجدتي السهو في موارد الزيادة أو النقيصة نسياناً ، فإن سجدتي السهو إنما جاءتا من ناحية النقيصة، أوالزيادة التي سببها السهو والنسيان فلا يمكن رفعها بحديث الرفع ، لأن موضوعها نفس النسيان والسهو .

وكذا كفارة الخطأ فإنما جاءت من قبل قتل الخطأ فلا يمكن رفعها بحديث الرفع ، لأن موضوعها عدم العلم فكيف يعقل رفعها بحديث الرفع ؟

وكذا لو كانت الآثار مقيدة بعدم احد هذه العناوين يكون ارتفاعها بارتفاع موضوعها ، من غير أحتياج الى التمسك بحديث الرفع في رفعها كما في كفارة إفطار شهر رمضان ، فإنها مقيدة بالإفطار العمدي ، فلو أكل نسياناً لم تتعلق بالآكل الكفارة ، لارتفاع موضوعها وهو العمد ، ولذا يبقى الآكل على صومه بعد الاكل كما ورد في الحديث .

اليك نص الحديث التاسع .

عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال :

كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول :

من صام فنسي فأكل وشرب فلا يفطر من اجل أنه نسي ، فإنما هو رزق رزقه الله تعالى فليتم صيامه .

راجع (وسائل الشيعة) الجزء ٧ . ص ٣٤ . الباب ٩ كتاب الصوم .

وفي المصدر أحاديث اخرى بهذا المضمون فراجع .

وكذلك القصاص ، فإنه مقيد بالقتل العمدي فلو قتل شخص شخصاً خطأً لم يتعلق به القصاص ، لارتفاع موضوعه وهو العمد .

. . . .

= (الامر الرابع) : أن حديث الرفع إنما شُرّع لاجل الامتنان على الامة المسلمة ، فهو إنما يجري اذا كان في رفعه منة على الأمة ، فموضوعه هو ذاك لاغير .

وهذا امر معلوم لا كلام فيه .

وإنما الكلام في أنه هل هو مختص بالآثار التي يكون في وضعها خلاف المنة .

أو أنه يجري في مطلق مايكون في رفع الآثار الامتنان على الأمة سواءٌ أكان في وضعها خلاف المنة ام لا .

ذهب (سيدنا الاستاذ) قدس سره الى أن الحديث مطلق من هذه الناحية ، وأنه ظاهر في العموم وعدم ، اختصاصه بما يكون في وضعه خلاف المنة .

ثم افاد بعدم وجود مبرر للشك في شموله لمطلق مايكون في رفعها الامتنان كما افاد هذا المعنى استاذه المحقق (آغا ضياء الدين العراقي) قدس سره . قائلاً : بالاخذ بالقَدَر المتيقن.

وعلق (سيدنا الاستاذ) قدس سره على مقالة استاذه المحقق (قده) بأن الاخذ بالقدر المتيقن لا يُبقي مجالاً للاخذ بالاطلاق ، اذ مامن مطلق إلا وله قدر متيقن بالنسبة الى حكمه .

اللهم إلا أن يكون القدر المتيقن في مقام التخاطب مانعاً عن جريان الاطلاق ، لعدم تمامية مقدمات الحكمة .

ثم أستدرك (سيدنا الاستاذ) قدس سره وأفاد أن رفع التكليف امتناناً لو كان بالنسبة الى مكلف دون مكلف آخر فلامعنى لشمول الحديث لمثل هذا المورد ، حيث عرفت أن حديث الرفع إنما شُرّع لاجل الامتنان على الامة ـ

. . . .

ـ المسلمة جمعاء ، لافرداً دون فرد .

(الامر الخامس) : أن حديث الرفع بالنسبة الى الأفعال الصادرة عن خطأ ، أو نسيان ، أو إكراه ، أو اضطرار ، أو عدم الطاقة حاكم على أدلة الأحكام الأولية بعناوينها الأولية ، وتلك الأدلة محكومة

خذ لذلك مثالاً :

إن الجلد الذي وضع حداً للزاني ، أو قطع اليد الذي وضع حداً للسارق محكوم بحديث الرفع اذا وقع الزنا ، أو السرقة بكره ، أو نسيان أو اضطرار ، أو خطأ ، وحديث الرفع حاكم عليه .

وهذه الحاكمية والمحكومية تكونان بالحكومة الواقعية ، كحكومة أدلة نفي الضرر والحرج : في كونها حاكمة بالحكومة الواقعية ، غير أن الحكومة الواقعية في دليل نفي الضرر والحرج في جانب المحمول ، أي أنهما يعرضان على نفس الأحكام الواقعية التي هي محمولات على أفعال المكلفين ، أوعلى الأعيان الخارجية كالأحكام الوضعية التي تحمل على تلك الأعيان .

وفي حديث الرفع بالنسبة الى الامور المذكورة في جانب عقد الوضع اى في جانب موضوعات الأحكام الشرعية التي هي عبارة عن أفعال المكلفين

نعم في حديث الرفع بالنسبة الى جملة (مالايعلمون) حكومة ظاهرية بالنسبة الى الأدلة الأولية ، لأن موضوع مالا يعلمون هو الجهل فعند ارتفاع الجهل ، وانكشاف الواقع لايأتي حديث الرفع .

(الامر السادس) : اختلفت كلمات الأعلام في المرفوع بحديث الرفع هل هو جميع الآثار المترتبة على موضوعاتها ، أو البعض ؟

وقد عرفت في الامر الثاني أن المراد من الرفع هو الرفع التشريعي: -

. . . .

= بمعنى أن الفعل الصادر في حالة الإكراه ، أوالاضطرار ، أوالنسيان كالعدم في عالم الاعتبار التشريعي ، أى لاتترتب عليه الآثار مثل ماتترتب على الفعل الصادر بغير هذه العناوين .

فهو في الواقع تنزيل الموجود منزلة المعدوم بالنسبة الى الآثار .

فالتنزيل تارة يكون بالنسبة الى وجود المنزل عليه .

واخرى بالنسبة الى العدم .

(فالاول) عبارة عن جعل شيء منزلة شيء آخر من حيث الآثار ويسمى هذا تنزيلاً كتنزيل الطواف في البيت صلاة حقيقة في قوله صلى الله عليه وآله وسلم : (الطواف في البيت صلاة) .

(والثاني) عبارة عن جعل وجود شيء منزلة عدمه من حيث الآثار ويسمى هذا رفعاً كما فيما نحن فيه كقول الفقهاء : (لاشك لكثير الشك)

وقد عرفت أن حديث الرفع إنما شُرِّع للامتنان على الامة المسلمة فعليه لابد أن يكون الرفع بالنسبة الى الآثار التي في رفعها امتنان على العباد

وكذلك لابد أن يكون الرفع بالنسبة الى الآثار الشرعية التي رفعها ووضعها بيد الشارع ، لا الى الآثار التكوينية التي ليس للشارع دخل في رفعها ووضعها .

افاد (سيدنا الاستاذ) قدس سره أن المراد من الرفع هو رفع كل أثر شرعي ، سواءً أكان وضعياً أم تكليفياً ، ولااختصاص له بأثر دون آخر

(بعبارة اخرى) أن عروض احد العناوين الخمسة المذكورة موجبة وعلة لارتفاع الحكم ، سواءً أكان وضعياً أم تكليفياً عن معروضاتها اذا وجدت شرائط الرفع التي ذكرناها: من كون الرفع للامتنان ، وكونه =

. . . .

- قابلاً للوضع والرفع في عالم التشريع : بمعنى أن رفع الآثار ، ووضعها بيد الشارع ، لامن الآثار التكوينية ، وعدم كون احد العناوين المذكورة في الحديث نفس موضوع الآثار ، وعدم كون موضوع الآثار المرفوعة مقيداً بعدم العناوين المذكورة في الحديث .

فالحاصل أن الاثر ، أو الآثار كلها مرفوعة عن صفحة التشريع باعتبار ارتفاع موضوعها في عالم التشريع ، اذ لايعقل وجود الحكم مع ارتفاع وجود الموضوع ، لأنه اذا ارتفع الموضوع ارتفع الحكم لامحالة واذا ارتفع الموضوع ارتفعت آثاره وأحكامه فهما كالعلة والمعلول .

(الامر السابع) : أن الاثر لو كان مترتباً على وجود شيء ، سواء أكان الاثر من الأحكام الوضعية ام من الأحكام التكليفية ، وقد ترك المكلف ذلك الشيء باحد من الامور الخمسة المذكورة : الإضطرار أو الإكراه ، أوالنسيان ، أو الخطأ ، أو لايطيق عدم تركه : فلا مجال حينئذ لحديث الرفع ، لأن تركه لاتترتب عليه آثار الوجود ، لأن رفع المعدوم لايمكن إلا بالوضع والجعل .

ومن الواضح أن حديث الرفع لايتكفل الوضع ، لأن مفاده الرفع فهو في مقام تنزيل الموجود منزلة المعدوم ؛ لاتنزيل المعدوم منزلة الموجود

وقد عرفت أن صريح حديث الرفع رفع الشيء عن صفحة التشريع لاوضعه فيه .

ومن هنا يعلم أنه لا يمكن تصحيح العبادة الفاقدة لبعض الأجزاء والشرائط لنسيان ، أو إكراه بحديث الرفع ،لعدم وجود معنى لورود الرفع على السورة المنسية في الصلاة مثلاً ، لخلو صفحة الوجود عنها ، فلابد

. . . .

= من فحص دليل آخر كوجود قاعدة لاتعاد إلافي الأركان الخمسة في باب الصلاة ، وغيرها من القواعد الفقهية .

(الامر الثامن) : افاد بعض الأعلام أن المقصود من كلمة (ما الموصولة) في قوله صلى الله عليه وآله وسلم : رفع عن امتي تسعة (وما لايعلمون) هو الموضوع المشتبه .

كما أن المراد من بقية الفقرات الموجودة في الحديث هو الموضوعات الخارجية ايضاً ، لبداهة عروض هذه العناوين على الأفعال الخارجية لاعلى الأحكام الشرعية .

فبقرينة وحدة السياق لابد أن يراد من الجهل فيما لايعلمون هو الجهل بالأفعال الخارجية ، وعدم العلم بأنها من الأفعال المباحة كشرب الخل أو من الأفعال المحرمة كشرب الخمر .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن حديث الرفع لايشمل الشبهات الحكمية لأنها محل الخلاف .

وبعبارة أوضح : أنه لايمكن أن يكون المراد من كلمة (ما الموصولة) في ما لايعلمون الحكم والموضوع جميعاً ، لأن إسناد الرفع الى الحكم إسناد الى ماهو له ، وإسناده الى الموضوع إسناد الى غير ماهو له ، اذ الغاية من رفع الموضوع رفع حكمه ، لارفع نفسه ، فلا يمكن الجمع بين الإسنادين في استعمال واحد .

فحينئذ يدور الامر بين الاخذ بظهور وحدة السياق حتى يكون المراد من كلمة (ما الموصولة) خصوص الموضوع .

وبين الاخذ بظهور كون الإسناد الى ماهو له حتى يكون المراد =

. . . .

- من كلمة (ما الموصولة) خصوص الحكم .

فيتعين تخصيص حكومة حديث الرفع بالشبهات الموضوعية .

والتحقيق في المقام كما افاده (سيدنا الاستاذ) قدس سره أن ظهور وحدة السياق لايكون أقوى من ظهور كون الإسناد الى ماهو له كما في إسناد الرفع الى الحكم ، لأنه لاتوجد وحدة السياق في جميع الجمل الموجودة في حديث الرفع حتى يراد من كلمة (ما الموصولة) بمثل ما يراد من جميع الجمل ، لبداهة عدم ارادة الرفع من بعض الجمل الوارد في الحديث كالطيرة ، والحسد ، والوسوسة في الخلق ، لكونها من الكيفيات النفسانية اذا لم ينطق بها .

فكيف يمكن دعوى وحدة السياق ؟

بالاضافة الى أن ظهور وحدة السياق كما يكون موجباً لارادة الموضوع من كلمة (ما الموصولة) في وما لايعلمون .

كذلك ظهور الموصول فيه في الحكم يكون موجباً لارادة الحكم منه

وليس هناك مايدل على أقوائية ظهور وحدة السياق من ظهور الموصول في الحكم .

فكما يمكن ارادة الموضوع من الموصول ، كذلك يمكن ارادة الحكم منه

وأما ما افيد : من عدم إمكان الجمع بين الإسنادين :

وهما : إسناد الرفع الى الحكم ، وإسناده الى الموضوع ففيه أنه ليس الموجود سوى إسناد الرفع الى الحكم في الشبهتين : الحكمية ، والموضوعية

غاية الأمر أن منشأ الجهل في الشبهات الحكمية هو فقدان النص أو اجماله .

=

وظاهره (١) وإن كان رفع المؤاخذة ، الا أن استشهاد الامام عليه السلام به في رفع بعض الأحكام الوضعية (٢) يشهد لعموم المؤاخذة فيه لمطلق الالزام عليه بشيء (٣).

ففي (٤) صحيحة البزنطي عن أبي الحسن عليه السلام في الرجل

ومنشأ الشك في الشبهات الموضوعية هي الامور الخارجية ، وإلا ففي كليهما يكون الشك في الحكم وهو الجامع بينهما .

اذا عرفت هذه الامور الثمانية فنقول في تطبيق حديث الرفع على العناوين الخمسة المذكورة :

إن الأحكام والآثار الشرعية التي تكون عارضة لاحد هذه العناوين المذكورة في حديث الرفع ، وكان في رفعها امتنان على المكلف ؛ ولم يكن خلاف الامتنان في حق غيره : ترتفع بارتفاع موضوعاتها عن عالم الاعتبار التشريعي .

ضرورة عدم بقاء الأحكام مع ارتفاع موضوعاتها .

هذه خلاصة ما استفدناه من بحث (سيدنا الاستاذ السيد البجنوردي) قدس سره .

ومن اراد الاطلاع على جوانب الحديث فعليه بمراجعة كتابه (منتهى الاصول) . الجزء ٢ · من ص ١٧٤ الى ص ١٨٩

(١) اى وظاهر حديث الرفع وإن كان يدل على رفع الحكم التكليفي وهو العقاب الاخروي .

(٢) كما سيأتي قريباً التصريح به .

(٣) سواء أكان حكماً تكليفياً ام وضعياً .

(٤) من هنا اخذ الشيخ في الاستدلال بهذا الحديث على دلالة ـ

يُستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق ، وصدقة مايملك أيلزمه ذلك؟

فقال عليه السلام : لا قال رسول الله صلى الله عليه وا له :وضع عن امتي ماااكرهوا عليه،وما لم يطيقوا ، وما اخطاؤا (١)

والحلف بالطلاق والعتاق وإن لم يكن صحيحاً عندنا من دون الإكراه ايضاً ، إلا أن مجرد استشهاد الامام عليه السلام في عدم وقوع آثار ماحلف به بوضع (٢) ما اكرهوا عليه يدل على أن المراد بالنبوى ليس خصوص المؤاخذة ، والعقاب الاخروي(٣)

هـــذا (٤) كلـــه مضافاً الى الأخبار الواردة في طلاق المكره (٥)

= الحديث النبوي المشار اليه في الهامش ١ ص ٤٦ على رفع عموم المؤاخذة لمطلق الالزام عليه بشيء ، سواءً أكان وضعياً ام تكليفياً .

وهذا الحديث هو الذي اشرنا اليه بقولنا : كما سيأتي قريباً التصريح به

(١) راجع المصدر نفسه . الجزء ١٦ . ص ١٧٣ - ١٧٤ . الحديث ٦ الباب ١٦ .

(٢) اى برفع ما اكرهوا عليه .

(٣) الذي هو الحكم التكليفي .

(٤) اى ماتلوناه عليك . من كون المراد من الرفع والوضع هو رفع الحكم التكليفي .

(٥) فإن الأخبار الواردة في طلاق المكرَه يدل على اعتبار الاختيار في المتعاقدين في البيع ايضاً ، من دون فرق بين البيع والطلاق ، والدلالة تكون باللازم .

راجع حول الأخبار المصدر نفسه. الجزء ١٥ . ص ٣٣١ - ٣٣٢ . الباب ٣٧ . الأحاديث . اليك نص الحديث الرابع . =

بضميمة عدم الفرق (١)

ثم إنه يظهر من جماعة منهم الشهيدان أن المكره قاصد الى اللفظ غير قاصد الى مدلوله (٢) ، بل يظهر ذلك (٣) من بعض كلمات العلامة (٤)

وليس مرادهم (٥) أنه لاقصد له إلا الى مجرد التكلم .

كيف والهازل الذي هو دونه في القصد قاصد للمعنى قصداً صورياً والخالي (٦)

- عن يحيى بن عبد الله الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سمعته يقول :

لايجوز طلاق في استكراه ، ولاتجوز يمين في قطيعة رحم الى أن قال : وإنما الطلاق ما اريد به الطلاق من غير استكراه ، ولا إضرار .

(١) اى عدم الفرق بين الطلاق والبيع في اعتبار الاختيار فيهما .

(٢) اى مدلول اللفظ الذي هو النقل والانتقال في البيع ، والبينونة بين الرجل والمرأة في الطلاق .

(٣) وهو أن المكره قاصد الى اللفظ غير قاصد الى مدلوله .

(٤) وهو ماينقله الشيخ عنه قريبا بقوله في ص ٦٣ : نعم ذكر في التحرير .

(٥) اي مراد هؤلاء الجماعة الذي منهم الشهيدان والعلامة

من هنا يحاول الشيخ أن يفسر مراد الجماعة الذين منهم العلامة والشهيدان،حيث يُري ظاهر كلامهم عدم قصد المكره الى مدلول اللفظ فقال :

ليس مرادهم من عدم القصد أنه لاقصد للمكره إلا الى مجرد الكلام وأنه خال عن القصد ، اذ كيف يعقل ذلك منهم ، مع أن الهازل الذى هو دون المكره في القصد ، حيث إنه في مقام التكلم والهزل والمزاح فقط قاصد الى المعنى ، لكن قصداً صورياً ، لاجدياً .

(٦) هذا تفسير للخالي عن القصد وقد ذكره الشيخ في المتن فلا نعيده

عن القصد الى غير التكلم هو من يتكلم تقليداً ، أو تلقيناً كالطفل (١) الجاهل بالمعاني .

فالمراد (٢) بعدم قصد المكره عدم القصد الى وقوع مضمون العقد في الخارج ، وأن الداعي له الى الانشاء ليس قصد وقوع مضمونه (٣) في الخارج، لا أن كلامه الإنشائي مجرد عن المدلول ، كيف (٤) وهو معلول الكلام الانشائي اذا كان مستعملا غير مهمل .

وهذا (٥) الذي ذكرنا لايكاد يخفى على من له أدنى تأمل في معنى الإكراه لغـةً وعرفاً (٦) ، وأدنى تتبع فيما ذكره الأصحاب في فروع

---

(١) هـذا مثال للتلقين ، فإن الطفل يتكلم بكل مايلقنونه ، لكن تكلمه به خالٍ عن القصد .

(٢) اى مراد هؤلاء الجماعة الذين منهم الشهيدان من عدم القصد عدم القصد الى وقوع مضمون العقد الذي هو النقل والانتقال في الخارج لاعدم القصد الى مفهوم اللفظ .

(٣) اى مضمون العقد الذي هو النقل والانتقال .

(٤) اى كيف يمكن أن يكون كلامه الإنشائي مجرداً وفارغاً عن المدلول الذي هو النقل والانتقال والحال أن المدلول هو معلول الكلام الإنشائي الذي هي العلة في ايجاد المدلول .

ومن الواضح أن المعلول لاينفك عن العلة .

(٥) وهو أن المراد من عدم قصد المكره الى مدلول اللفظ عدم وقوعه في الخارج عن رغبة وطيب النفس ، لاعدم القصد الى مفهوم اللفظ ومدلوله .

(٦) اذ معنى الإكراه لغة وقوع الشيء في الخارج على وجه الإكراه ـ

الاكراه (١) التي لاتستقيم مع ما توهمه (٢): من خلو المكره عن قصد مفهوم اللفظ ، وجعله (٣) مقابلا للقصد .

وحكمهم (٤) بعدم وجوب التورية في التفصي عن الإكراه وصحة (٥)

= وعدم طيب النفس ، لاعدم القصد الى مدلول اللفظ .

وكذلك معناه عرفاً هو وقوع الشيء في الخارج كرهاً .

(١) حيث ذكر الفقهاء في هذه الفروع أن المكره لايقصد وقوع مضمون العقد في الخارج ، لا أنه لايقصد مفهوم اللفظ ومدلوله .

(٢) اي توهمه الجماعة التي منهم الشهيدان ، حيث قالا : إن المكره قاصد الى اللفظ ، لا الى مدلوله .

ولا يخفى عليك أن الفاعل في كلمة (توهمه) هي كلمة (جماعة) في قول الشيخ : ثم إنه يظهر من جماعة ومنهم الشهيدان .

وليس في هذه العبارة ركاكة كما افادها بعض الأعلام من المحشين بقوله : والأولى في التعبير أن يقال هكذا : مع مايوهم .

(٣) بالجر عطفاً على مجرور (في الجارة) في قوله في ص٥٩ : في معنى الإكراه اى لايكاد يخفى على من له ادني تأمل في جعل الاكراه مقابلا للقصد فإن الفقهاء ذكروا القصد من جملة شروط المتعاقدين ثم ذكروا الاختيار بعد ذكر القصد فيظهر أن القصد الى المدلول معتبر .

(٤) بالجر ايضا عطفاً على مجرور (في الجارة) في قوله في ص٥٩: في معنى الاكراه اى لايكاد يخفى على من له أدنى تأمل في حكم الفقهاء .

(٥) بالجر عطفاً على مجرور (الباء الجارة) في قوله : بعدم اى وحكم الفقهاء بصحة بيع المكره بعد رضائه ببيعه .

بيعه بعد الرضا ، واستدلالهم (١) له بالأخبار الواردة في طلاق المكره وأنه (٢)..

---

(١) بالجر عطفاً على مجرور (في الجارة) في قوله في ص٥٩ : في معنى الإكراه اى لايكاد يخفى على من له ادنى تأمل في استدلال الفقهاء على صحة بيع المكره بعد رضائه به بأخبار الطلاق .

وأما الأخبار الواردة في طلاق المكره فراجع (وسائل الشيعة) الجزء ١٥ . ص ٣٣١ ـ ٣٣٢ . الباب ٣٧ ـ الأحاديث .

اليك نص الحديث الاول .

عن زرارة عن (ابي جعفر) عليه السلام قال : سألته عن طلاق المكره وعتقه فقال : ليس طلاقه بطلاق ، ولا عتقه بعتق .

فقلت : إني رجل تاجر امرُّ بالعشار ومعي مال .

فقال : غيِّبه ما استطعت ، وضعه مواضعه .

فقلت : فإن حلَّفني بالطلاق والعتاق .

فقال : احلف له ، ثم اخذ تمرة فحفر بها من زبد كان قدامه

فقال : ما اُبالي حلفت لهم بالطلاق والعتاق ، أو آكلها .

فهذه الأخبار كلها تصرح بعدم وقوع الطلاق من المكره .

(٢) عطف على مجرور (في الجارة) في قوله : في طلاق المكره اى واستدلال الفقهاء بالأخبار الواردة في عدم وقوع الطلاق ممن لاارادة له في الطلاق .

راجع حول هذه الأحاديث المصدر نفسه . ص ٢٨٥ ـ ٢٨٦ الباب ١١ ـ الأحاديث . اليك نص الحديث الاول .

عن زرارة عن اليسع قال : سمعت ابا جعفر عليه السلام =

لاطلاق إلا مــع ارادة الطلاق ، حيث إن المنفي (١) صحــة الطلاق لاتحقق مفهومه لغةً وعرفاً .

وفيما (٢) ورد فيمن طلّق مداراة باهله، الى غير ذلك (٣)

وفي (٤) أن مخالفة بعض العامــة في وقوع الطلاق إكراهاً لاينبغي

= يقول في حديث : ولو أن رجلاً طلق على سنة ، وعلى طهر من غير جماع ، واشهد ولم ينو الطلاق لم يكن طلاقه طلاقاً .

(١) اي في قوله عليــه السلام : لم يكن طلاقاً ، حيث إنه يراد من النفي نفي الصحة شرعاً ، لانفي تحقق مفهوم الطلاق لغة وعرفاً .

(٢) بالجر عطفاً على مجرور (في الجارة) في قوله في ص٥٩ :على من له أدنى تأمل في معنى الإكراه اى لايكاد يخفى على من له أدنى تأمل في الحديث الوارد في الرجل الذي طلق زوجته مداراة لاهله في قوله في ص٥٩ عليه السلام :

أما بينك وبين الله فليس بشيء .

ولكن إن قدموك الى السلطان ابانها منك .

راجع حول الحديث المصدر نفسه . ص ٣٣٢ . الباب ٣٨ . الحديث ١

(٣) من الأخبار الواردة في طلاق المكره ، ومن لاقصد له .

راجع المصدر نفسه في كلا البابين ، والصحيفتين .

(٤) عطفاً على قوله في ص٥٩ : أدنى تأمل اي لايكاد يخفى على من له ادنى تأمل في مخالفة الشيعــة لبعض السنــة في طلاق المُكرَه ، حيث إن البعض من (علماء اخواننا السنة) يقول بوقوع طلاق المكرَه وخالفه في ذلك الشيعة الامامية ، فإنهم لايقولون بوقوعه منه .

فهذا البعض من اخواننا السنة القائل بوقوع الطلاق من المكره لايريد من كلام المكره الكلام الذي خالٍ عن قصد المفهوم ،والذي لايسمى خبراً ولا انشاءً .

=

أن يحمل على الكلام المجرد عن قصد المفهوم الذي لايسمى خبراً ، ولا انشاءاً

وغير ذلك (١) مما يوجب القطع بأن المراد بالقصد المفقود في المكره هو القصد الى وقوع اثر العقد (٢) ، ومضمونه في الواقع ، وعدم طيب النفس به (٣) ، لا عدم ارادة المعنى من الكلام .

ويكفي في ذلك (٤) ماذكره الشهيد الثاني : من أن المكره والفضولي قاصدان الى اللفظ ، دون مدلوله (٥)

نعم ذكر في التحرير والمسالك في فروع المسألة (٦) مايوهم ذلك (٧)

= بل يريد من الكلام الكلام المشتمل على قصد المفهوم .

(١) عطفاً على قوله في ص٥٩ : أدنى تأمل اى لايكاد يخفى على من له أدنى تأمل في غير هذه الأحاديث ، وغير هذه الموارد مما يوجب القطع واليقين

(٢) أى في الخارج .

(٣) أى بالعقد .

(٤) اى في كون المراد من عدم القصد هو عدم القصد الى قوع العقد في الخارج ، لاعدم ارادة المعنى من الكلام .

(٥) اى من حيث الوقوع الخارجي .

وجه الكفاية : أن الشهيد الثاني قدس سره جعل المكره والفضولي على حد سواء في كونهما قاصدين لمدلول العقد .

ومن الواضح أن الفضولي قاصد لمدلول اللفظ ومريد له اي يستعمل اللفظ فيه قبال إهماله فيه .

فحينئذ لابد أن يراد من عدم القصد ماذكرناه : من عــدم القصد الى وقوع العقد في الخارج .

(٦) اى مسألة المكره .

(٧) وهو أن المكره والفضولي قاصدان الى اللفظ دون مدلوله .

قال في التحرير: لو اكره على الطلاق فطلق ناوياً فالأقرب وقوع الطلاق اذلا اكراه على القصد (١) انتهى .

وبعض المعاصرين (٢) بنى هذا الفرع (٣) على تفسير القصد بما ذكرناه من متوهم كلامهم فرد (٤) عليهم بفساد المبنى، وعدم وقوع الطلاق في الفرض المزبور .

---

(١) فقول العلامة : فالأقرب وقوع الطلاق يدل على أن المطلِّق قاصد الى مدلول اللفظ وهو وقوع الطلاق في الخارج ، لقوله : لا اكراه على القصد فيكون قوله مخالفاً لما افاده الشهيد الثاني : من أن المكره ، والفضولي قاصدان الى اللفظ ، دون مدلوله .

(٢) وهو الشيخ صاحب الجواهر قدس سره

(٣) وهو قول العلامة : فالأقرب وقوع الطلاق .

خلاصة ما افاده صاحب الجواهر في هذا المقام : أن الارادة على قسمين :

ارادة استعمالية : وهي استعمال اللفظ في معناه ومفهومه .

وارادة جدية : وهي استعمال مضمون اللفظ في معناه في الخارج .

فصاحب الجواهر افاد أن ما افاده العلامة من وقوع الطلاق في الخارج في مثل هذا المكرَه مبني على تفسير القصد بما يتوهم من كلام الفقهاء : من أن المراد من عدم قصد المكره للفظ عدم قصده لمفهوم اللفظ الذي هو الارادة الاستعمالية ، لا اصل القصد .

(٤) اى صاحب الجواهر رد على الفقهاء وافاد أن المبنى المذكور فاسد ، لأن المراد من عدم القصد عند الفقهاء هو عدم القصد الى وقوع مفهوم اللفظ في الخارج المعبر عنه بالارادة الجدية ، فعليه يكون الطلاق باطلاً ، اذ لاقصد له بوقوع مضمون العقد في الخارج .

ولكن (١) المتأمل يقطع بعدم ارادتهم لذلك .

وسيأتي (٢) مايمكن توجيه الفرع المزبور به .

ثم إن حقيقة الإكراه لغة وعرفاً حمل الغير على مايكرهه ، ويعتبر في وقوع الفعل من ذلك الحمل اقترانه (٣) بتوعد منه (٤) مظنون (٥) الترتب على ترك ذلك الفعل، مضر بحال الفاعل (٦) ، أومتعلقه : نفساً (٧) أو عرضاً ، أومالاً .

فظهر من ذلك (٨) أن مجرد الفعل لدفع الضرر المترتب على تركه لا يُدخله في المكره عليه.

---

(١) هذا كلام شيخنا الانصاري ، بناءً على مبناه : من أن مراد الفقهاء من عدم قصد المكرَه الى اللفظ عدم قصده الى وقوع مضمون العقد في الخارج ، فعليه يصح ما افاده العلامة : من وقوع الطلاق لو اُكرِه الشخص على الطلاق فطلق.

(٢) في قوله الآتي : بقي الكلام فيما وعدنا ذكره .

(٣) اى اقتران وقوع ذلك الفعل .

(٤) اى من المكره بالكسر .

(٥) بالجر صفة لكلمة توعد في قوله : بتوعد منه .

(٦) وهو المكره بالفتح .

(٧) كلمة نفساً ، أو عرضاً ، أومالاً بيان لكلمة مضر اى الضرر سواءً أكان نفسياً ام عرضياً ام مالياً.

وسواءً أكان الضرر متوجهاً بشخص المكره بالفتح ام باحد متعلقيه

(٨) اى من اقتران وقوع ذلك الفعل بتوعد من المكرِه بالكسر

خلاصة هذا الكلام أن مجرد دفع الضرر لا يكون موجباً لصدق الإكراه ، ومبرراً لموقف المكره بالفتح .

كيف (١) والأفعال الصادرة من العقلاء كلها ، أوجلّها ناشئة عن دفع الضرر ، وليس دفع مطلق الضرر الحاصل من إيعاد شخص يوجب صدق المكره عليه ، فإن (٢) من أكره على دفع مال ، وتوقف (٣) على بيع بعض أمواله ، فالبيع الواقع منه لبعض أمواله وإن كان لدفع الضرر المتوّعد به على عدم دفع ذلك المال ، ولذا (٤) يرتفع التحريم عنه لو فرضت حرمته عليه لحلف ، أوشبهه ، ليس (٥) مكرهاً .

فالمعيار في وقوع الفعل مُكرَهاً عليه سقوط الفاعل (٦) من اجل الاكراه المقترن بايعاد الضرر عن الاستقلال (٧) في التصرف بحيث لاتطيب

= بل لابد في صدق الإكراه من ترتب ذلك التوعد على ترك الفعل من المكره بالفتح وإن كان حصول ذلك التوعد بالظن .

(١) استشهاد لكون مجرد دفع الضرر لا يكفي في المقام ، بل لابد من ترتب الضرر المتوعد به على ترك الفعل.

(٢) تعليل لكون مطلق الضرر الحاصل من إيعاد شخص لا يوجب صدق الإكراه.

(٣) اى دفع المال .

(٤) تعليل لكون بيع بعض أمواله وإن كان لدفع الضرر المتوعديه على عدم دفع ذلك المال لا يكون مكرهاً أي ولاجل هذا يرتفع التحريم عن هذا البيع لو فرضنا حرمته بواسطة حلف ، أونذر ، أو عهد .

(٥) هذه الجملة مرفوعة محلاً خبر للمبتدأ المتقدم الواقع في قوله : فالبيع .

(٦) وهو المُكرَه بالفتح .

(٧) الجار والمجرور متعلق بقوله : سقوط الفاعل .

نفسه بما يصدر منه ، ولا يتعمد اليه عن رضا ، وإن كان (١) يختاره لاستقلال العقل بوجوب اختياره ، دفعاً (٢) للضرر ، أو ترجيحاً لأقل الضررين (٣) إلا أن هذا المقدار (٤) لايوجب طيب نفسه به ، فإن النفس مجبولة على كراهة مايحمله غيره عليه ، مع الايعاد عليه بما يشق تحمله .

والحاصل أن الفاعل (٥) وإن يفعل لدفع الضرر ، لكنه مستقل في فعله ، ومخلى وطبعه فيه بحيث تطيب نفسه بفعله وإن كان من باب علاج الضرر .

وقد يفعل (٦) لدفع ضرر إيعاد الغير على تركه .

وهذا (٧) مما لاتطيب النفس به .

وذلك (٨) معلوم بالوجدان .

---

(١) اى وإن كان المكرَه بالفتح يختار وقوع الفعل .

(٢) منصوب على المفعول لاجله فهو تعليل لاستقلال العقل بوجوب اختيار وقوع الفعل .

(٣) وهما : وقوع الفعل ، والضرر المتوعد به .

(٤) وهو استقلال العقل بوجوب اختيار وقوع الفعل دفعاً للضرر المتوعد به .

(٥) وهو المكرَه بالفتح .

(٦) اى الفاعل الذي هو المكرَه بالفتح .

(٧) وهو الشق الثاني وهو فاعل الفعل ، خوفاً لدفع الضرر المتوعد به

(٨) اى الشق الثاني الذي لاتطيب النفس بايجاده في الخارج لا يحتاج الى اقامة برهان في تحريمه ، فإن الوجدان قائم على ذلك .

ثم إنه هل يعتبر في موضوع (١) الاكراه ، أوحكمه (٢) عدم امكان التفصي عن الضرر المتوعد به بمالايوجب به ضرراً آخر كما حُكي عن جماعة أم لا ؟

الذي يظهر من النصوص (٣) والفتاوى عدم اعتبار العجز عن التورية لأن حمل عموم رفع الاكراه (٤) ، وخصوص النصوص الواردة في طلاق المكره (٥) وعتقه (٦) ، ومعاقد الاجماعات ، والشهرات المدعاة

(١) وهو تحقق مفهوم الاكراه الذي عرفته آنفاً : وهو حمل الغير على مايكرهه .

خلاصة هذا الكلام : أنه هل يعتبر في تحقق هذا المفهوم ، أوتحقق حكم الاكراه الذي هو رفع الاثر امكان التفصي عن الضرر المتوعد به : بمعنى أنه لو تمكن المكره بالفتح من التفصي عن الضرر المتوعد به ولم يفعل واتى به هل يصدق عليه الاكراه ، ورفع الاثر عنه ام لا ؟

(٢) وهوالاثر الذي هو الحكم التكليفي ، أوالوضعي كما عرفت آنفاً

(٣) تأتي الاشارة اليها .

(٤) هذا احد النصوص والمراد به حديث رُفِع عن امتي المشار اليه في الهامش ١ ص ٤٦

(٥) هذا ثاني النصوص وقداشير الى هذه النصوص في الهامش ٥ ص ٥٧

(٦) راجع المصدر نفسه الجزء ١٦ ص ٢٩ . الباب ١٩ . الحديث ١ ـ ٢ . اليك نص الحديث الاول .

عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن عتق المكره فقال : ليس عتقه بعتق .

في حكم المُكره : على صورة (١) العجز عن التورية ، لجهل ، أو دهشة (٢) بعيد جداً .

بل غير صحيح (٣) في بعضها من جهة المورد كما لايخفى على من راجعها مع (٤) أن القدرة على التورية لا تخرج الكلام عن حيز الاكراه عرفاً .

هذا وربما يستظهر من بعض الأخبار عدم اعتبار العجز عن التفصي بوجه آخر غير التورية ايضاً في صدق الاكراه .

مثل رواية ابن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لايمين في غضب ولا في قطيعة رحم ، ولا في جبر ، ولا في إكراه

قلت : اصلحك الله وما الفرق بين الجبر والاكراه ؟

قال: الجبر من السلطان ، ويكون الاكراه من الزوجة والام والاب وليس ذلك بشيء (٥)

---

(١) الجار والمجرور متعلق بقوله : لأن حمل عموم أى حمل هذه النصوص على صورة العجز بعيد جداً.

(٢) وهي الخوف من توعد المكرِه وتهديده .

(٣) اى حمل عموم رفع الإكراه ، وخصوص النصوص الواردة في المقام على صورة العجز غير صحيح كما في بعض هذه النصوص وهي روايات الطلاق ، والعتق ، فإن المورد وهو الطلاق ، والعتق ليس من الامور الموجبة للدهشة والخوف حتى لايتمكن المكرَه من التورية .

نعم لو كان المورد من الامور المدهشة كالقتل ، أو التعذيب أمكن عدم التورية ، للإرتباك والخوف .

(٤) هذا إشكال آخر على بُعد حمل حديث رُفِع عن امتي والنصوص الواردة على صورة العجز عن التورية .

(٥) راجع المصدر نفسه . الجزء ١٦ . ص ١٧٢ . الباب ١٦ الحديث ١ -

ويؤيده (١) أنه لو خرج عن الاكراه عرفاً بالقدرة على التفصي بغير التورية خرج عنه بالقدرة عليها؛ لأن (٢) المناط حينئذ (٣) انحصار التخلص عن الضرر المتوعد به في فعل المكره عليه، فلافرق بين ان يتخلص عنه بكلام آخر (٤) أوفعل آخر، أوبهذا الكلام مع قصد معنى آخر (٥).

ودعوى (٦) أن جريان حكم الاكراه مع القدرة على التورية تعبدي

= وجه الاستظهار هو قوله عليه السلام في آخر الحديث : ويكون الإكراه من الزوجة والام والاب ، فإن التفصي عن هؤلاء بغير التورية أمر ممكن من حيث الرأفة ، أو انتفاء كمال السلطنة .

(١) اى ويؤيد هذا الإستظهار .

(٢) هذا التعليل بيان للجامع بين الخروج عن الإكراه عرفاً بواسطة القدرة على التفصي بغير التورية .

وبين الخروج عن الإكراه بواسطة القدرة على التفصي بالتورية اى المناط في صدق الإكراه في كلا التفصيين واحد .

(٣) اى حين الخروج عن الاكراه عرفاً بواسطة القدرة على التفصي بغير التورية .

(٤) كما في القدرة على التفصي بغير التورية .

(٥) كما في القدرة على التفصي بالتورية .

(٦) هذه الدعوى في قبال دعوى الشيخ الملازمة بين الخروج عن الاكراه بالقدرة على التفصي بغير التورية .

وبين الخروج عن الاكراه بالقدرة على التفصي بالتورية بقوله : ويؤيده أنه لو خرج .

وخلاصة هذه الدعوى : أن صدق الاكراه مع قدرة المكرَه على التفصي بالتورية ولم يتورَّ امر تعبدي حكم به الشارع .

لا من جهة صدق حقيقة الاكراه كما ترى (١)

لكن (٢) الانصاف أن وقوع الفعل عن الاكراه لايتحقق إلا مع العجز عن التفصي بغير التورية ، لأنه يعتبر فيه أن يكون الداعي عليه

= وليس من باب صدق حقيقة الاكراه ، حيث إن حقيقته هو حمل الغير على ما يكرهه حتى يقال : إن هذه الحقيقـة بعينها صادقة ايضا فيما لو كان المكرَه متمكناً على التفصي بغير التورية .

ثم يقال بثبوت الملازمة المذكورة .

والمراد من التعبد هي النصوص الواردة في طلاق المكرَه ، وعتقه التي اشرنا اليها في الهامش ٥ ص ٥٧ ، والهامش ٦ ص ٦٨

(١) هذا جواب من الشيخ عن الدعوى المذكورة

وخلاصته : أن ترتيب اثر الاكراه إنما هو لاجل تحقق نفس الاكراه لا لاجل التعبد ، فاذا كان ترتيب الاثر لاجـل تحقق نفس الاكراه فهو بعينه موجود فيما اذا كان متمكناً عن التفصي بغير التورية ولم يتفص فهو مكرَه ايضاً ، فلافرق بين التفصيين .

(٢) هذا عدول عما افاده : من أن ترتب اثر الاكراه إنما هو لأجل تحقق نفس الاكراه ، لا لاجل التعبد ، وأنه لافرق بين التفصيين كما افاده الخصم بقوله في ص٧٠ : ودعوى أن جريان.

يروم الشيخ من هذا العدول أن يبين وجود الفارق بين التفصيين وهما: تفصي المُكرَه عن المُكرَه عليه بالتورية فهنا يصدق الاكراه

وبين تفصي المُكرَه عن المُكرَه عليه بغير التورية فلا يصدق الاكراه.

والفارق هو وجود النصوص المذكورة المعبر عنها بدليل التعبد كما ذكر الخصم ؛ وقد اشرنا اليها في الهامش ٥ ص ٥٧ ، والهامش ٦ ص ٦٨ =

هو خوف ترتب الضرر المتوعد به على الترك ، ومع القدرة على التفصي (١) لايكون الضرر مترتباً على ترك المكره عليه .

بل على تركه ، وترك التفصي معاً ، فدفع الضرر يحصل باحد الامرين: من فعل المكره عليه ، والتفصي (٢) فهو (٣) مختار في كل منهما ولا يصدر كل منهما إلا باختياره ، فلا إكراه .

وليس (٤)

= وقد ذكر الشيخ وجود الفارق ، وكيفية العدول في المتن فلا نعيده ونحن نشير الى بعض جوانبه .

(١) اى على التفصي من المُكرَه عليه بواسطة القدرة على غير التورية

(٢) اى ومن التفصي .

(٣) اى المُكرَه بالفتح مختار في اتيان الفعل المُكرَه عليه وفي اتيان التفصي ، لأنه باتيان احد الأمرين يدفع الضرر عن نفسه،أو أحد متعلقيه ، فلا إكراه في البين .

(٤) دفع وهم

حاصل الوهم : أنه لو كان دفع الضرر يحصل باحد الامرين المذكورين : وهو اتيان المُكرَه عليه ، أوالتفصي فقد اصبح التفصي احد فردي المُكرَه عليه فيحصل الاكراه لامحالة فلا يكون الفاعل مختاراً حينئذ ، بل يكون مُكرَهاً على إتيان التفصي .

فاجاب الشيخ عن الوهم المذكور ماحاصله : أن التفصي ليس احد فردى المُكرَه عليه حتى لايوجب تخير الفاعل في الامرين المذكورين سلبَ الاكراه عن الامرين المذكورين .

بل التفصي احد فردي رفع الضرر عن نفسه ، لأنه بارتكاب احد =

التفصي من الضرر احد فردي المكرَه عليه حتى لايوجب تخير الفاعل فيهما (١) سلب الاكراه عنهما .

كما لو (٢) اكرهه على احد الامرين ، حيث يقع كل منهما حينئذ (٣) مكرَهاً عليه ، لأن (٤) الفعل المتفصى به مسقط عن المكره عليه ، لابدل (٥) له

- الأمرين يرتفع الضرر عن نفسه ، فتخير الفاعل يوجب سلب الاكراه فلا إكراه في البين .

(١) اى في الامرين المذكورين وهما : إتيان المكرَه عليه ، واتيان التفصي كما عرفت .

(٢) مثال للمنفي وهو قوله : حتى لايوجب تخير الفاعل فيهما سلب الاكراه عنهما .

وخلاصته : أنه لو امر زيد عمراً بارتكاب احد المحرمين كشرب الخمر أو السرقة فارتكب احدهما باختياره .

فلا شك في أن وقوع احدهما باختياره قد وقع مكرَهاً عليه حين الاكراه بارتكاب احدهما .

فالمثال ليس للنفي وهو قوله : وليس التفصي .

(٣) اى حين الاكراه كما عرفت .

(٤) تعليل لقوله : وليس التفصي .

وخلاصته : أن الفعل المتفصى به الذي ياتيه المكرَه لدفع الضرر عن نفسه لا يكون بدلاً عن المكرَه عليه حتى يتصف بالاكراه ، بل هو مسقط عن المكرَه عليه ، نعم اذا كان بدلاً عن ذلك فقد اتصف بالاكراه كما كان الامر كذلك عند ما يكرهه على احد الامرين المحرمين .

(٥) حتى يتصف الفعل المتفصى به بالاكراه كما عرفت آنفاً .

ولذا (١) لاتجري عليه أحكام المكره عليه اجماعاً فلا يفسد اذا كان عقداً .

وما ذكرناه (٢) وإن كان جارياً في التورية، إلا أن الشارع رخص (٣) في ترك التورية بعد عدم امكان التفصي بوجه آخر ، لما ذكرنا : من ظهور النصوص (٤) والفتاوى ، وبُعد حملها على صورة العجز عن التورية، مع أن العجز عنها (٥) لو كان معتبراً لأشير اليها (٦) في تلك الأخبار الكثيرة

---

(١) تعليل لقوله : لأن الفعل المتفصى به مسقط عن المكره عليه لابدل عنه .

وخلاصته : أن الدليل على أن الفعل المتفصى به مسقط ، لابدل هو عدم جريان أحكام المكرَه عليه على المتفصى به اجماعاً : من عدم فساد المتفصى به اذا كان عقداً .

كما لو امر زيد عمراً ببيع كتابه (اللمعة الدمشقية) فباع عوضه كتاب المكاسب ، متفصياً عن بيع اللمعة .

فبيع المكاسب ، هنا صحيح ، لوقوعه اختياراً من دون صدق الإكراه عليه .

(٢) وهو العدول الذي ذكره بقوله في ص٧١: لكن الإنصاف اى ماذكرنا هناك وإن كان ممكن الجريان في التورية : بأن يقال : مع التمكن عن التفصي عن المكرَه عليه بإعماله التورية ولم يُورّ لصدق عنوان الاكراه .

(٣) هذا هو دليل التعبد الذي عبر به الخصم بقوله في ص ٧٠ : ودعوى أن جريان حكم الاكراه مع القدرة على التورية تعبدي .

(٤) وهي المشار اليها في الهامش ٤ - ٥ - ٦ ص ٦٨

(٥) اى عن التورية .

(٦) اى الى صورة العجز عن التورية .

المجوزة للحلف كاذباً عند الخوف والاكراه ، خصوصاً في قصة عمار ، وابويه حيث اكرهوا على الكفر فابى أبواه فقتلا ، واظهر لهم عمار ما ارادوا فجاء باكياً الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فنزلت الآية :

مَن كَفر بِالله من بَعدِ ايمانه إلاّ مَن أُكرِهَ وَقلبُهُ مُطمئن بالايمان (١)

فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إن عادوا عليك فعد (٢) ولم ينبهه على التورية ، فإن (٣) التنبيه في المقام وإن لم يكن واجباً إلا أنه لاشك في رجحانه خصوصاً من النبي صلى الله عليه وآله وسلم باعتبار شفقته على عمار ، وعلمه بكراهة تكلم عمار بألفاظ الكفر من دون تورية كما لايخفى ، هذا .

ولكن (٤) الأولى أن يفرق بين إمكان التفصي بالتورية ، وإمكانه

---

(١) النحل : الآية ٦ .

(٢) (وسائل الشيعة) الجزء ١١ ص ٤٧٦ . الباب ٢٩ . الحديث ١-٢

(٣) تعليل لقوله : مع أن العجز عن التورية لو كان معتبراً .

خلاصته : أن تنبيه الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله وسلم عماراً بالتفصي عن الكفر بالتورية : بأن يقول صلى الله عليه وآله وسلم له : لو تمكنت من الفرار عن الكفر بالتورية فافعل ، ولا تكفر : وإن لم يكن أمراً واجباً ، لكنه راجح ومطلوب .

ولا يخفى أن العجز عن التورية او كان معتبراً في عدم صدق الاكراه لكان التنبيه من الرسول الاعظم صلى الله عليه وآله وسلم واجباً .

(٤) من هنا رأي الشيخ حول موضوع الاكراه .

بغيرها : بتحقق (١) الموضوع في الاول ، دون الثاني (٢) ، لأن الأصحاب وفاقا للشيخ في المبسوط ذكروا من شروط تحقق الاكراه أن يعلم ، أو يظن المكره بالفتح أنه لو امتنع مما أُكرِه عليه لوقع فيما تُوعِّد عليه (٣)

ومعلوم ان المراد ليس امتناعه (٤) عنه في الواقع ولو مع اعتقاد المكرِه بالكسر عدم الامتناع .

بل المعيار في وقوع الضرر اعتقاد المكرِه لامتناع المكره (٥)

وهذا المعنى (٦) يصدق مع امكان التورية ، ولا يصدق مع التمكن من التفصي بغيرها ، لأن المفروض تمكنه (٧) من الامتناع مع اطلاع المكره

---

(١) اى فيقال بتحقق الموضوع وهو الاكراه في الاول : وهو امكان التفصي عن إرتكاب المكرَه عليه بالتورية ، فإن المُكرَه لو تمكن من التفصي عن المكرَه عليه بالتورية ولم يُورّ لصدق عليه الاكراه :

(٢) اى ويقال بعدم تحقق الاكراه في الثاني : وهو امكان التفصي عن ارتكاب المكرَه عليه بغير التورية ، فإن المكرَه لو تمكن من التفصي عن المكره عليه بغير التورية ولم يستعمله لم يصدق عليه الاكراه .

(٣) من الضرب ، أو القتل ، أو نهب أمواله ، وغير ذلك مما يؤذيه ، سواءٌ أكان ما تُوعِّد به متعلقا بشخصه ام باحد متعلقيه .

(٤) اى امتناع المكرَه من المكرَه عليه .

(٥) اى امتناع المكرَه عن ايقاع الفعل الذي أُمر بايقاعه في الخارج فإن المكرِه لو اعتقد ذلك فقد حصل الضرر ووقع .

(٦) وهو اعتقاد المكرِه امتناع المكرَه عن ايقاع الفعل في الخارج

(٧) اى تمكن المكرَه من ايقاع الفعل في الخارج .

عليه (١) ، وعدم وقوع الضرر عليه (٢)

والحاصل أن التلازم بين امتناعه (٣) ، ووقوع الضرر الذي هو المعتبر في صدق الاكراه موجود مع التمكن بالتورية (٤) ، لامع التمكن بغيرها فافهم (٥)

ثم (٦) إن ماذكرنا : من اعتبار العجز عن التفصي إنما هو في الاكراه المسوغ للمحرمات .

---

(١) اى على هذا الامتناع ، لأنه امر جلي غير خفي كما في التورية حيث إنها امر خفي لايطلع عليها المكرِه .

(٢) اى على المكرَه بالفتح .

(٣) اى امتناع المكرَه من ايقاع الفعل في الخارج .

(٤) وقد عرفت سر ذلك : وهو أن التورية امر خفي لا يطلع عليها المكرِه .

بخلاف غير التورية ، فإنه جلي يتمكن المكرِه الاطلاع عليه .

(٥) لعله اشارة الى أن التفكيك بين التفصيين امر مشكل ظاهراً يحتاج الى الدقة والتعمق في المقام .

(٦) من هنا يروم الشيخ أن يفرق بين الاكراه في الأحكام التكليفية كشرب الخمر ، وإفطار الصوم ، وقبول الولاية من قبل السلطان الجائر وبين الاكراه في الأحكام الوضعيه كفساد المعاملة لو اُكرِه الشخص عليها .

مقصود الشيخ من بيان هذا الفارق هوذكر النسبة بين شخص الاكراهين وهو العموم والخصوص المطلق .

ونحن نشير الى بيان الفرق عندما يذكره الشيخ ، وبيان النسبة المذكورة

ومناطه (١) توقف دفع ضرر المُكره على ارتكاب المكره عليه .

وأما (٢) الإكراه الرافع لاثر المعاملات فالظاهر أن المناط فيه عدم طيب النفس بالمعاملة .

وقد يتحقق مع امكان التفصي (٣): مثلا (٤) من كان قاعداً في مكان

---

(١) من هنا شروع في بيان الفرق بين الاكراهين اى مناط الاكراه وعلته في الأحكام التكليفية هو دفع المكرَه الضرر المتوجه نحوه من المكرِه عن نفسه بارتكاب الفعل المكره عليه .

(٢) اى وأما مناط الاكراه وعلته في الأحكام الوضعية الذي يرفع اثر المعاملة الواقعية في الخارج بكره وإكراه : هو عدم طيب النفس من المكرَه بوقوع المعاملة في الخارج .

فعلى المناط في الأول لايتحقق الاكراه إلا بشيئين :

(احدهما) : اعتبار العجز عن التفصي عن ارتكاب الحرام .

(ثانيهما) دفع الضرر عن نفسه بارتكاب المحرم .

والسر في ذلك : أن ارتكاب المحرمات التي هي حدود الله لا يُسوّغ التعدي عنها إلا في حالة الاضطرار والإلجاء .

فلو تمكن المكرَه من عدم ارتكاب المحرم بالتفصي عنه ولم يتفص لم يصدق عليه الإكراه .

نعم لو عجز من التفصي وارتكب المعصية لصدق الاكراه .

وأما على المناط في الثاني وهو الإكراه في الأحكام الوضعية فقد يتحقق الاكراه مع إمكان التفصي عن المكرَه عليه ، والقدرة على تركه

(٣) إى الاكراه في الأحكام الوضعية كما عرفت آنفاً .

(٤) اى خذ لك مثالاً .

خاص خالٍ عن الغير متفرغاً لعبادة ، أومطالعة فجاءه من اكرهه على بيع شيء مما عنده وهو في هـذه الحال (١) غير قادر على دفع ضرره وهو كاره للخروج عن ذلك المكان .

لكن او خرج كان اه في الخارج خدم يكفونه شر المكرِه .

فالظاهر صدق الاكراه حينئذ (٢) بمعنى عدم طيب النفس لو باع ذلك الشيء .

بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده ، وتوقف دفع ضرر إكراه الشخص على أمر خدمهِ بدفعه وطرده ، فإن هذا لايتحقق في حقه الاكراه ويكذب لو ادعاه (٣) ، بخلاف الاول (٤) اذا اعتذر بكراهة الخروج

– من هنا يقصد الشيخ الاتيان بالمثال لتوضيح ما افاده : من الفرق بين الإكراهين فابتدأ بالمثال للحكم الوضعي .

(١) وهي حالة العبادة أو المطالعة .

(٢) اى حين التمكن من الخروج ولم يخرج .

(٣) لأنه كان قادراً على دفع الضرر عن نفسه ، لحضور خدمه وأعوانه عنده المانعين عن وقوع العقد في الخارج بطردهم المكرِه ، أوضربهم اياه ، أوتهديدهم له ، فما دام لم يتفص عن المكرَه عليه باستعمال خدمه يصدق عليه طيب النفس فتصح المعاملة

(٤) وهو قعود الرجل في مكان فارغ للعبادة ، أو المطالعة فجاءه رجل اكرهه على بيع شيء من ماله وهو غير قادر على دفع الضرر عن نفسه في حالة العبادة ، أو المطالعة ، فإن الرجل لو اعتذر في تلك الحالة يقبل اعتذاره ، لأن المناط في الاكراه الرافع لاثر المعاملة هو عدم طيب النفس وهو حاصل هنا .

عن ذلك المنزل ولو فرض في ذلك المثال (١) إكراهه على محرم لم يُعذر فيه بمجرد كراهة الخروج عن ذلك المنزل (٢).

وقد تقدم الفرق بين الجبر والاكراه في رواية ابن سنان (٣)

فالاكراه المعتبر في تسويغ المحظورات (٤) هو الاكراه بمعنى الجبر المذكور (٥)، والرافع لاثر المعاملات (٦) هو الاكراه الذي ذكر في تلك الرواية (٧) أنه قد يكون من الاب والولد والمرأة.

فالمعيار فيه (٨) عدم طيب النفس فيها، لا الضرورة والالجاء

---

(١) وهو المثال الاول المشار اليه في الهامش ٨ ص ٧٩

(٢) لعدم جواز ارتكاب المحرمات التكليفية بمجرد الاكراه وقد علمت أن المناط في تحقق الاكراه في الأحكام التكليفية شيئان:

العجز عن التفصي، ودفع الضرر عن نفسه بارتكاب المكره عليه

وهنا قد تمكن من التفصي عن ارتكاب المحرم بخروجه عن محل العبادة، وأمره خدمه وأعوانه بدفع الضرر عن نفسه، ولم يتفص عن ذلك

(٣) في ص ٦٩ في قوله عليه السلام: الجبر من السلطان، ويكون الاكراه من الزوجة والام، والاب، وليس ذلك بشيء، حيث إن الأول لايمكن التفصي عنه، والثاني يمكن التفصي عنه.

(٤) وهي الأحكام التكليفية كما عرفت.

(٥) اى في رواية ابن سنان المشار اليها في ص ٦٩

بقوله عليه السلام: الجبر من السلطان، اي لايمكن الفرار عنه.

(٦) وهي الأحكام الوضعية.

(٧) وهي رواية ابن سنان المشار اليها في ص ٦٩.

(٨) اى المرجع في هذا الاكراه الذي هو الرافع لاثر المعاملات والذي اشير اليه في رواية ابن سنان هو عدم طيب النفس في المعاملات.

وإن كانت (١) هي المتبادر من لفظة الاكراه ، ولذا (٢) يُحمل الاكراه في حديث الرفع عليه،فيكون (٣) الفرق بينه ، وبين الاضطرار المعطوف عليه في ذلك الحديث اختصاص الاضطرار بالحاصل (٤) ، لامن (٥) فعل الغير كالجوع والعطش والمرض (٦) .

---

(١) اى الضرورة والالجاء هو المتبادر من لفظة الاكراه عندما يُطلق

(٢) اى ولاجل هذا التبادر من لفظة الاكراه نُحمل لفظة الاكراه الواردة في حديث رُفِع عن امتى تسعة المشار اليه في الهامش ١ ص ٤٦ : على الاضطرار والالجاء .

(٣) دفع وهم .

حاصل الوهم : أنه لو يُحمل الاكراه الوارد في الحديث على الالجاء والاضطرار اذاً فما الفارق بين الاكراه ، والاضطرار الواقعين في نفس الحديث؟

فاجاب قدس سره : أن الفرق بين هذا الاكراه الوارد في الحديث والمفسر بالاضطرار .

وبين الاضطرار المعطوف على هذا الاكراه : كما في رواية الخصال الواردة في المصدر نفسه : هو اختصاص الاضطرار الحاصل من فعل الانسان بشخصه كالجوع والعطش والمرض التي هي من الامور الاضطرارية الصادرة عن شخص الانسان

واختصاص الاكراه المفسر بالاضطرار : بالاضطرار الحاصل من فعل الغير كجبر السلطان .

(٤) اى الحاصل من فعل الانسان كما عرفت آنفاً .

(٥) اي لا الاضطرار الحاصل من فعل الغير كما عرفت آنفاً .

(٦) أمثلة للاضطرار الحاصل من فعل الانسان الذي ذكرناه لك بقولنا : كالجوع والعطش والمرض ، وليست أمثلة لما يحصل من فعل الغير

لكن الداعي (١) على اعتبار ما ذكرنا في المعاملات هو أن العبرة فيها بالقصد الحاصل عن طيب النفس ، حيث استدلوا على ذلك (٢) بقوله تعالى : تجارة عن تراض (٣)

---

(١) اي السبب الوحيد الذي حثنا على اعتبار الاختيار في صدر المسألة المذكورة في ص ٤٥ بقولنا : ومن جملة شروط المتعاقدين الاختيار .

وقلنا : إن المراد من الاختيار ما كان مقابلاً لمطلق الاكراه وليس المراد من الاختيار المقابل للجبر والالجاء ، كما أن الجبر هو المستفاد من قوله صلى الله عليه وآله وسلم : رفع عن امتي تسعة : ما اكرهوا عليه كما عرفت في ص ٤٦ : شيئان :

(الاجماع) من الفقهاء على ذلك .

و (الأخبار) الواردة في طلاق المكرَه .

وهذه الأخبار على قسمين :

(احدهما) مايدل على عدم وقوع الطلاق لمن لايريد الطلاق .

وقد مضت الاشارة اليها في الهامش ٢ ص ٦١

(ثانيهما) : خصوص رواية من طلق زوجته مداراة لاهله المذكورة في ص ٦٢

(٢) اى على أن الاعتبار في المعاملات هو القصد الحاصل من طيب النفس .

(٣) فإن معنى تجارة عن تراض هو طيب النفس الصادر من كل واحد من المتعاقدين المتعاملين .

ومن الواضح أن المكرَه في المعاملات ليس له تلك الصفة النفسية فيرتفع اثر المعاملات وهي الصحة فتقع فاسدة عند الاكراه .

ولا يحل (١) مال امرءٍ مسلم إلا عن طيب نفسه .

وعموم (٢) اعتبار الارادة في صحة الطلاق .

وخصوص (٣) ماورد في فساد طلاق من طلق مداراة مع عيالـه

فقد (٤) تلخص مما ذكرنا : أن الإكراه الرافع لاثر الحكم التكليفي أخص من الرافع لاثر الحكم الوضعي .

---

(١) اى واستدلوا على ان الاعتبار في المعاملات هو القصد الحاصل عن طيب النفس بحديث ولا يحل .

وقـد مضت الاشارة الى الحـديث في الجزء٦ من (المكاسب) من طبعتنا الحديثة . ص ١٨١ - ١٨٢

(٢) اى واستدلوا على أن الاعتبار في المعاملات هو القصد الحاصل عن طيب النفس بعموم اعتبار الارادة الواردة في أخبار الطلاق .

مضت الاشارة الى هذا الحديث في الهامش ٢ ص ٦١

(٣) اى واستدلوا على أن الاعتبار في المعاملات هو القصد الحاصل من طيب النفس بخصوص الرواية الواردة في من طلق زوجته مداراة لأهله وقد اشير اليها في ص ٦٢

(٤) من هنا يروم الشيخ أن يبين أن بين الاكراهين : وهما الاكراه في الأحكام التكليفية .

والاكراه في الأحكام الوضعية : عموماً وخصوصاً مطلقاً : بمعنى أن كل ما كان موجباً لرفع الحكم التكليفي يكون موجباً لرفـع الحكم الوضعي

وليس كل ما كان موجباً لرفع الحكم الوضعي يكون موجباً لرفـع للحكم التكليفي .

فالأخصية تكون من جانب الحكم التكليفي كما في الانسان والحيوان =

. . . .

ـ حيث الأخصية في جانب الانسان ، والأعمية في جانب الحيوان ، لأن الاكراه الرافع لاثر الحكم الوضعي أعم من الاكراه الرافع لأثر الحكم التكليفي ، لأن أثر الحكم الوضعي كما يرتفع بعدم إمكان التفصي من المعاملة المكره عليها .

كذلك يرتفع بعدم طيب النفس .

بخلاف الاكراه الرافع لأثر الحكم التكليفي ، فإنه مقيد بعدم امكان التفصي بأي شكل من الأشكال .

خذ لذلك مثالاً :

لو اكره زيد عمراً على شراء العنب وجعله خمراً ، ثم بعد التخمير يشربها ، ليس لعمرو التفصي من ذلك اصلاً

فهاهنا اجتمع حكمان :

تكليفي : وهي حرمة شرب الخمر :

ووضعي : وهي حرمة المعاملة لشراء العنب للتخمير .

أما الحكم التكليفي فقد ارتفع اثره الذي هي حرمة شرب الخمر بعدم امكان التفصي عنه .

وأما الحكم الوضعي فكذلك ارتفع اثره الذي هو نفوذ صحة المعاملة بعدم امكان التفصي عنه ايضا .

وليس كل ما كان موجباً لرفع الحكم الوضعي يكون موجباً لرفع الحكم التكليفي .

خذ لذلك مثالاً :

لو اكره زيد عمراً على شراء العنب وتخميره ، ثم شربه ، لكنه كان قادراً على التفصي عن الشرب . ـ

ولو لوحظ (١)

- بخلاف الشراء ، حيث لم يكن له بد من ذلك فيكون فاقداً لطيب النفس فقط .

فهنا يرتفع اثر الحكم الوضعي الذي هو نفوذ صحة المعاملة من جهة عدم طيب النفس .

وأما أثر الحكم التكليفي الذي هي حرمة شرب الخمر فلا يرتفع لامكان التفصي من شربه .

الى هنا كان الكلام في النسبة بين نفس الاكراهين .

(١) من هنا يريد الشيخ أن يذكر النسبة بين المناطين اى مناط الاكراه في الحكم التكليفي ، ومناط الاكراه في الحكم الوضعي .

قد علمت أن المناط في الاول هو دفع الضرر عن نفسه ، وذلك متوقف على ارتكاب الفعل المكره عليه .

وأن المناط في الثاني هو عدم طيب النفس الذي يرتفع به اثر المعاملة وهي صحة نفوذها .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن النسبة بين المناطين هو العموم والخصوص من وجه ، لهما مادة اجتماع ، ومادتا افتراق .

أما مادة الاجتماع فكما اذا اكره زيد عمراً على بيع داره، وتوعده وهدده على عدم البيع لو لم يبع ، وليس له طريق الى التفصي عن دفع الضرر عن نفسه ، أو عن احد متعلقيه اذا كان هو المهدد ، ونفسه لا تطيب على بيع داره .

فهنا قد اجتمع مناطان : مناط اكراه الحكم التكليفي : وهو دفع الضرر عن نفسه بارتكاب المكره عليه ، لتوقفه عليه . =

ماهو المناط في رفع كل منهما من دون ملاحظة عنوان الإكراه (١) كانت النسبة بينهما العموم من وجه ، لأن المناط في رفع الحكم التكليفي هو دفع الضرر وفي رفع الحكم الوضعي هو عدم الارادة ، وطيب النفس .

ومن هنا (٢) لم يتأمل احد في أنه اذا أُكره الشخص على احد الأمرين المحرمين لابعينه فكل منهما وقع في الخارج: لايتصف بالتحريم (٣) ، لأن

= ومناط الحكم الوضعي: وهو عدم طيب النفس منه على بيع داره

وأما مادة الافتراق من جانب مناط الحكم التكليفي : بأن يكون مناط الاكراه الوضعي موجوداً ، ومناط الاكراه التكليفي غير موجود.

كما لو اكره زيد عمراً على بيع داره ، لكنه قادر على التفصي عنه ولم يستعمل قدرته في ذالك فاوجد المكرَه عليه مع عدم طيب النفس

فهنا يوجد مناط الحكم الوضعي ، دون مناط الحكم التكليفي .

وأما مادة الافتراق من جانب المناط في الحكم الوضعي : بأن يكون مناط الحكم التكليفي موجوداً ، ومناط الحكم الوضعي غير موجود .

كما اذا اكره زيد عمراً على شراء الخبز المسروق واكله وهو جائع

فهنا يوجد مناط الحكم التكليفي الذي هو دفع الضرر عن نفسه والضرر هو الجوع ، والدفع لا يتحقق إلا بارتكاب الحرام: وهو اكل الخبز المسروق .

وأما مناط الحكم الوضعي الذي هو عدم طيب النفس فغير موجود لطيب النفس بالشراء ، لأنه جائع ، فلو لم يُقدم عليه لهلك من الجوع

(١) وهو الاكراه في الحكم التكليفي ، والاكراه في الحكم الوضعي

(٢) اى ومن أن المناط في الحكم التكليفي هو دفع الضرر ، والمناط في الحكم الوضعي هو عدم طيب النفس .

(٣) لأن طبيعة الاكراه لا يمكن تحققها إلا في ضمن احد الفردين =

المعيار في دفع الحرمة دفع الضرر المتوقف على فعل احدهما .

أما لو كانا (١) عقدين ، أو ايقاعين كما لو أُكرِه على طلاق احدى زوجتيــه .

- المحرمين وقد اوجدها المكرَه في ضمن احدهما .

وقــد علمت أن المناط في إكراه الحكم التكليفي هو دفــع الضرر عن نفسه ، وهذا لايتحقق إلا بارتكاب المكره عليه .

(١) اى أحد الامرين الذين اكره الشخص على اتيان احدهما .

مقصود الشيخ من هذه العبارة : ان احد الامرين الذين أمر الشخص بارتكابه لامحالة لو كان في ضمن عقــدين ، كما لو امره إما ببيع داره أو ببيع بستانه مثلاً فاختار بيع الدار

أو كان في ضمن ايقاعين كما لو أمره إما بطلاق زوجته هذه، أوتلك مثلاً فاختار طلاق احداهما

فهنا لا إشكال ولا كلام في صدق الاكراه بالنسبة الى اصل الطبيعة المعبر عنها بالقَدَر المشترك وهي نفس الطلاق ، أو نفس البيع .

وإنما الكلام والاشكال بالنسبة الى تلك الخصوصية المختارة والمنتخبة فهل هذه تتصف بالاكراه باعتبار جنسها التي هي طبيعة البيع ، أوطبيعة الطلاق ام لا ؟

فقد لفتت هذه الخصوصية أنظار الفقهاء فوقعت محل الخلاف والنزاع فيما بينهم .

فبعض قال بصدق الاكراه فيها

وبعض قال بعدم الصدق

أما صدق الاكراه فباعتبار جنسه الذي هي والطبيعة

وأماعدم الصدق فباعتبار اختيار الخصوصية الموجبة لوقوع الطلاق اختياراً

فقد استشكل (١) غير واحد في أن مايختاره :من الخصوصيتين بطيب نفسه ويرجحه على الآخر بدواعيه النفسانية الخارجة عن الإكراه مكره عليه باعتبار جنسه أم لا ؟

بل افتى في القواعد بوقوع الطلاق ، وعدم الاكراه ، وإن حمله (٢) بعضهم على ما اذا قنع المكرَه بطلاق احداهما مبهمة .

لكن المسألة عندهم غير صافية عن الاشكال من جهة مدخلية طيب النفس في اختيار الخصوصية .

وإن كان الأقوى وفاقاً لكل من نعرض للمسألة (٣) تحقق الاكراه لغةً وعرفا (٤)

مع أنه لو لم يكن هذا (٥) مكرَهاً عليه لم يتحقق الاكراه اصلاً اذ الموجود في الخارج دائماً احدى خصوصيات المكره عليه (٦)، اذ لايكاد يتفق الاكراه بجزئي حقيقي من جميع الجهات .

---

(١) من هنا اخذ الشيخ في نقل كلمات الأعلام في صدق الاكراه وعدمه بالنسبة الى الخصوصية المختارة .

(٢) اي وقوع الطلاق ، وعدم كونه مكرهاً .

(٣) وهو مسألة من أُكره على ارتكاب احد الامرين ، سواءً أكان احد الأمرين في ضمن عقدين ام في ضمن ايقاعين كما عرفت في الهامش ١ ص ٨٧

(٤) فيتحقق الطلاق في الفرع المذكور كما افاده العلامة .

(٥) اى مثل هذا الطلاق ، وما شابهه .

(٦) فيما اذا اكره الانسان على ارتكاب احد الامرين الحاصل في ضمن عقدين ام الايقاعين كما عرفت .

نعم (١) هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية ، وإن كان مكرها عليه من حيث القدر المشترك (٢) : بمعنى أن وجوده الخارجي ناشٍ عن إكراه (٣) واختيار (٤) ولذا (٥) لايستحق المدح ، أو الذم باعتبار اصل الفعل ، ويستحقه باعتبار الخصوصية .

وتظهر الثمرة (٦) فيما لو ترتب اثر على خصوصية المعاملة الموجودة فإنه لايرتفع (٧) بالاكراه على القدر المشترك .

---

(١) استدراك عما افاده : من تحقق الاكراه لغة وعرفاً فيما لو اكره الشخص على طلاق احدى زوجتيه فطلق في قبال ما أفاده العلامة : من عدم الاكراه وإن وقع الطلاق .

وخلاصته أن الفرد المختار وهو طلاق احدى زوجتيه على التعيين امر اختياري ناش من جهة الخصوصية الموجودة في الطلاق ، وإن كان مكرهاً عليه من حيث القدر المشترك ، فلا يتحقق الاكراه لغة وعرفاً .

(٢) وهي طبيعة الطلاق التي وقعت مكرهاً عليها .

(٣) اى باعتبار طبيعة الطلاق الذي وقع مكرهاً عليه .

(٤) اى باعتبار الخصوصية المختارة .

(٥) اى ولاجل أن وجود هذا الفرد المختار الخارجي ناشٍ عن إكراه واختيار بالمعنى الذي ذكرناه لايستحق فاعل فعل المكره عليه المدح ، ولا الذم بالنسبة الى اصل الفعل الذي هي الطبيعة المحققة في ضمن احد الفردين والمعبر عن هذه الطبيعة بالقدر المشترك .

(٦) اى وتظهر ثمرة النزاع في أن الخصوصية المختارة هل تتصف بالاكراه ام لا ؟

وقد ذكر الشيخ الثمرة في المتن فلا نعيدها .

(٧) اى ذلك الاثر .

مثلا لو اكرهه على شرب (١) الماء ، أوشرب الخمر لم يرتفع تحريم الخمر ، لأنه مختار فيه ، وإن كان مكرهاً في أصل الشرب.

وكـذا لو اكرهه على بيع صحيح ، أوفاسد (٢) فإنه لا يرتفع أثر الصحيح (٣) ، لأنه مختار فيه وإن كان مكرَهاً في جنس البيع ، لكنه لايترتب على الجنس أثر يرتفع بالإكراه .

ومن هنا (٤) يُعلم أنه لو أكره على بيع مال ، أوإيفاء مال مستحق لم يكن إكراهاً ، لأن القدر المشترك (٥) بين الحق ، وغيره اذا أكره عليه لم يقع باطلاً وإلا (٦) لوقع الايفاء أيضاً باطلاً ، فإن اختار البيع صحيح

---

(١) هذا المثال خارج عما افاده في ص ٨٩ بقوله : وتظهر الثمرة فيما لو ترتب اثر على خصوصية المعاملة الموجودة .

لكنه داخل في قوله في ص ٨٦ : إذا اكره الشخص على احد الامرين .

(٢) هذا المثال داخل فيما افاده قدس سره بقوله في ص٨٩: وتظهر الثمرة

(٣) اى لو اختار البيع الصحيح لايرتفع اثره الذي هو نفوذ صحة المعاملـة ، لأن المكرَه عليه كان له التفصي عن البيع الصحيح باختيار البيع الفاسد اى كانت له المندوحة في ذلك فلم يختَرها .

(٤) اى ومن أنه لايترتب على جنس البيع وإن كان مكرَهاً عليه اثر يرتفع بالاكراه .

بل الاثر إنما يترتب على البيع المختار وهو البيع الصحيح النافـذ كما عرفت .

(٥) وهو المكرَه عليه ، سواءٌ أكان هو البيع ام ايفاء الحق .

والمراد من الحق هو ايفاء دينه ، ومن غيره هو البيع .

(٦) اى ولو كان بيع مال ، أوايفاء مال مستحق يعد اكراهاً =

لأن الخصوصية (١) غير مكرَه عليها ، والمكرَه عليه وهو القدر المشترك غير مرتفع الاثر .

ولو اكرهه على بيع مال ، أو اداء مال غير مستحق كان إكراهاً لأنه لايفعل البيع إلا فراراً من بدله (٢) أووعيده (٣) المضرَّين كما لوأكرهه على بيع داره ، أوشرب الخمر ، فإن إرتكاب البيع للفرار عن الضرر الاخروي (٤) ببدله ، أو التضرر الدنيوي (٥) بوعيده .

ثم إن إكراه احد الشخصين على فعل واحد بمعنى إلزامه (٦) عليهما كفاية ، وايعادهما على تركه كإكراه شخص واحد على احد الفعلين في كون كل منهما مكرهاً .

واعلم أن الإكراه قد يتعلق بالمالك ، والعاقد كما تقدم (٧)

= لكانت نفس الايفاء متصفة بالبطلان ، لكون الايفاء من نفس المال المبيع الذي اكره عليه المدين .

(١) وهى اختيار المكرَه ببيع ماله لإيفاء دينه اي هـذا الاختيار لا يكون مكرَهاً عليه ، لأنه كان مختاراً في ايفاء ماله ، وليس مجبوراً في البيع حتى يكون مكرَهاً كما هو الملاك في الاكراه .

(٢) وهو دفع مال غير مستحق .

(٣) اى أو وعيد المكرِه بالكسر لو لم يؤد المكرَه المال اليه

(٤) وهي العقوبة الإلٓهية .

(٥) وهو الحد الشرعي الذي هو ثمانون سوطاً .

(٦) اى إلزام الفعل الواحد على احد الشخصين المكرَهين يكون من باب الكفاية : بمعنى أنه لو أتى به احدهما سقط اتيان الفعل عن الآخر .

(٧) اى في ص٩٠عند قوله : ومن هنا يُعلَم أنه لو اكره على بيع مال

وقد يتعلق (١) بالمالك ، دون العاقد كما لو أُكرِه (٢) على التوكيل في بيع ماله ، فإن العاقد قاصد مختار ، والمالك مجبور ، وهو داخل في عقد الفضولي (٣) ، بعد ملاحظة عدم تحقق الوكالة مع الإكراه .

وقد ينعكس (٤) كما لو قال: بع مالي ، أو طلق زوجتي ، وإلا قتلتك .

والأقوى هنا (٥) الصحة ، لأن العقد هنا من حيث إنه عقد لايعتبر فيه سوى القصد الموجود في المكرَه إذا كان عاقداً ، والرضا المعتبر من المالك موجود بالفرض (٦) فهذا أولى من المالك المكره على العقد (٧) اذا رضي لاحقاً .

واحتمل في المسالك عدم الصحة (٨) ، نظراً الى أن الاكراه (٩)

---

(١) اى الاكراه .

(٢) بأن أكرهه شخص في إعطاء الوكالة له ، أو لغيره في اجراء بيع ماله .

(٣) فمآل هذا العقد ومرجعه الى الصحة بعد الرضا .

والدليل على ذلك قوله : فهذا أولى من المالك المكرَه على العقد اذا رضي لاحقاً .

(٤) بأن يكون العاقد مكرَهاً من قبل المالك .

(٥) اى في صورة إكراه المالك العاقدَ .

(٦) حيث إنه امره بإجراء العقد ، أو الايقاع فهو كان راضياً بأصلهما .

(٧) كما في قوله : وقد يتعلق بالمالك دون العاقد .

(٨) اى فيما اذا كان العاقد مكرَهاً .

(٩) اى الإكراه في العاقد يُسقِط حكم اللفظ وهو التأثير الخارجي

يُسقِط حكم اللفظ كما لو أُمِر المجنون (١) بالطلاق فطلقها .

ثم قال (٢) : والفرق بينهما أن عبارة المجنون مسلوبة ، بخلاف المكره (٣) فإن عبارته مسلوبة لعارض تخلف القصد ، فإن كان الآمر (٤) قاصداً لم يقدح إكراه المامور انتهى .

وهو حسن (٥)

وقال (٦) أيضاً : لو أُكره الوكيل (٧) على الطلاق ، دون الموكل

---

(١) بأن امره شخص عاقل في إجراء الطلاق فاجرى الصيغة فالطلاق لايقع ، لعدم تأثير في اللفظ الصادر منه .

فالعاقد المكرَه كالمجنون المأمور في إجراء الطلاق: في عدم تأثير عقده الصادر منه .

(٢) اى الشهيد الثاني في المسالك قال : الفرق بين العاقد المكرَه والمجنون المأمور في إجراء صيغة الطلاق .

لايخفى أن هذا الفرق مبني على صحة العقد ، أو الايقاع الصادر من العاقد المكرَه ، لاعلى صورة عدم الصحة ، فإنه لافرق حينئذ .

والدليل على ذلك قول الشهيد : فان كان الآمر قاصداً لم يقدح إكراه المأمور .

(٣) وهو العاقد .

(٤) المراد منه هو المالك الذي اكره العاقد في إجراء الصيغة .

(٥) اى هذا الفرق الذي افاده الشهيد الثاني في المسالك .

(٦) اى الشهيد في المسالك .

(٧) بأن كان شخص وكيلاً عن زيد في إجراء صيغة الطلاق فجاءه شخص آخر وقال له : طلق في هذا اليوم ، والوكيل يريد إجراء الصيغة في يوم الجمعة مثلاً .

ففي صحته (١) وجهان أيضاً (٢)

من (٣) تحقق الاختيار في الموكل المالك .

ومن (٤) سلب عبارة المباشر انتهى (٥)

وربما يستدل على فساد العقد في هذين الفرعين (٦) بما دل على رفع حكم الاكراه (٧) .

---

(١) اى صحة الطلاق في هذه الصورة .

(٢) اى كما كان الوجهان وهما : صحة البيع ، أو الطلاق ، وعدمها في صورة إكراه المالك العاقد في اجراء صيغة البيع ، أو الطلاق موجودين كذلك الوجهان هنا موجودان .

(٣) هذا دليل على صحة الطلاق .

(٤) هذا دليل على عدم صحة الطلاق .

(٥) اى ما افاده الشهيد الثاني في المسالك في صورة إكراه المالك العاقد لاجراء صيغة البيع ، أو الطلاق .

(٦) وهما : صورة إكراه المالك العاقد على إجراء الصيغة .

وصورة إكراه شخصٍ وكيلَ زيد في إجراء صيغة الطلاق على إجراء صيغة الطلاق .

(٧) خلاصة الاستدلال أن حديث رُفع عن امتي تسعة المشار اليه في الهامش ١ ص ٤٦ يدل على أن الفعل الواقع عن الاكراه في الفرعين المشار اليهما في الهامش ٦ مرفوع الاثر : بمعنى أن بيع العاقد المكرَه ، أو طلاقه لايقع كما في الفرع الاول في قوله في ص ٩٢ : وقد ينعكس .

وكذا طلاق الوكيل المكرَه من قبل شخص آخر دون الموكل لايقع كما في الفرع الثاني في قوله في ص ٩٣ : وقال أيضاً : لو اكره الوكيل على الطلاق –

وفيه (١) ماسيجيء : من أنه إنما يرفع حكماً ثابتاً على المكرَه لولا الاكراه ، ولا اثر للعقد هنا بالنسبة الى المتكلِّم به لولا الاكراه .

ومما يؤيد ماذكرنا (٢) حكم المشهور بصحة بيع المكره بعد لحوق الرضا ومن المعلوم أنه (٣) إنما يتعلق بحاصل العقد الذي هو امر مستمر وهو النقل والانتقال .

وأما التلفظ بالكلام الذي صدر مكرها عليه فلا معنى للحوق الرضا به ، لأن مامضى وانقطع (٤) لايتغير عما وقع عليه ولا ينقلب (٥)

نعم ربما يستشكل هنا (٦) في الحكم المذكور : بأن القصد الى المعنى ولو على وجه الاكراه شرط في الاعتناء بعبارة العقد ، ولا يعرف (٧)

— فحديث رفع عن امتي تسعة يشمل الفرعين ، حيث إن الشخص في الفرعين مكره عليه فيدل على فساد ماوقع في الفرعين .

(١) اى وفي الاستدلال بحديث الرفع على الفساد نظر وإشكال

وخلاصته : أن حديث الرفع كما عرفت شرحه مفصلا من ص ٤٦ الى ص ٥٤ إنما يرفع حكماً ثابتاً للفعل المكرَه عليه لولا الاكراه .

ومن الواضح أن العقد سبب مستقل للنقل والانتقال .

وهذا الاثر منفي بسبب الاكراه ، لعدم تأثير للعقد هنا بالنسبة الى المتكلم بهذا العقد الذي وقع مكرهاً عليه .

(٢) وهو صحة البيع ، أو الطلاق في الفرعين المذكورين .

(٣) اى لحوق الرضا .

(٤) وهو الكلام الصادر من المتكلم مكرَهاً عليه .

(٥) فلا يفيد لحوق الرضا لهذا الكلام الصادر من المتكلم مكرهاً عليه

(٦) اى في الفرعين المذكورين من حيث الحكم بصحتها

(٧) وهو القصد الى المعنى ولو على وجه الاكراه .

إلا من قبل العاقد ، فاذا كان (١) مختاراً أمكن إحرازه بأصالة القصد في أفعال العقلاء الاختيارية ، دون المكره عليها .

اللهم (٢) إلا أن يقال : إن الكلام بعد احراز القصد ، وعدم تكلم العاقد لاغياً ، أومورّياً ولو كان مكرهاً مع (٣) أنه يمكن اجراء أصالة القصد هنا ايضاً، فتأمل (٤)

---

(١) اى العاقد اذا كان مختاراً في إجراء العقد أمكن احراز القصد الى المعنى بإجراء أصالة القصد ، حيث إن العقلاء بما هم عقلاء اذا اقدموا على الأفعال الاختيارية يقصدونها فلا يكون صدورها منهم بلا قصد .

بخلاف المكرَه على اتيان الأفعال ، فإن أصالة القصد لا تجري في أفعالهم .

(٢) استثناء عما افاده : من عدم إجراء أصالة القصد في أفعال المكرَه .

وخلاصته : أن القصد في العقد سواءٌ أكان صادراً من المختار أم من المكرَه من الامور المفروغ عنها ، وأنه مما لابد منه فلا كلام فيه من هذه الناحية ، حيث لايكون العاقد لاغياً ، ولا مُورّياً عند اجراء العقد

(٣) هذا جواب آخر لوجود القصد في الافعال الاختيارية الصادرة من المكرَه .

وخلاصته : أنه يمكن إجراء أصالة القصد في المكره ايضاً ، لعدم اختصاص إجراء الاصالة من قبل العقلاء في أفعالهم الاختيارية ، بل تجري حتى في الافعال المكرَه عليها اذا شك في صدورها بقصد من المكرَه .

(٤) لعل الامر بالتأمل من جهة أن مدرك اعتبار أصالة القصد إنما هو الاجماع ، وبناء العقلاء على ذلك .

ومن الواضح أنهما إنما قاما واعتبرا في أفعال العقلاء الاختيارية ، دون المكرَه عليها .

فروع (١) ولو أكرهه (٢) على بيع واحد غير معين من عبدين فباعهما ، أو باع نصف احدهما ففي التذكرة إشكال .

اقول : أما بيع العبدين فإن كان تدريجاً فالظاهر وقوع الاول مكرَهاً دون الثاني (٣) ، مع احتمال الرجوع اليه (٤) في التعيين ، سواءً ادعى العكس (٥) أم لا .

ولو باعهما دفعة احتملت صحة الجميع ، لأنه خلاف المكرَه عليه والظاهر أنه لم يقع شيء منهما عن إكراه .

وبطلان (٦) الجميع ؛ لوقوع احدهما مكرَهاً عليه (٧) ولا ترجيح

---

(١) في بعض نسخ المكاسب الموجودة عندنا هكذا : فرع
وفي الكثير منها هكذا : فروع بصيغة الجمع
والمذكور هنا فرعان ليس إلا
ولعله قدس سره اراد من الجمع الجمع المنطقي الذي يصدق على اثنين
أو الناسخ اشتبه في الكتابة وهو الأصح .

(٢) هذا هو الفرع الاول .

(٣) اى دون بيع العبد الثاني ، حيث وقع البيع عن اختياره فلا إكراه فيه حتى يبطل البيع .

(٤) اى الى البائع في السؤال عنه : بأن يُسأل منه أنك أي بيع العبد من العبدين اردته مكرَهاً ؟

(٥) بأن قال : كنت مكرَهاً في البيع الثاني ، دون الاول .

(٦) اى ويحتمل بطلان بيع العبدين جميعاً .

(٧) اى لامحالة من دون تعيين في البين
ووقوع الإكراه في احدهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح .

والاول (١) أقوى .

ولو أكره (٢) على بيع معين فضم اليه غيره وباعهما دفعة فالاقوى الصحة في غيرما أُكره عليه.

وأما مسألة النصف (٣) فإن باع النصف بعد الإكراه على الكل بقصد أن يبيع النصف الآخر امتثالاً للمكرِه ، بناءً على شمول الإكراه لبيع المجموع دفعتين فلا إشكال في وقوعه (٤) مكرَهاً عليه .

وإن كان (٥) لرجاء أن يقنع المكرِه بالنصف كان ايضاً إكراهاً لكن في سماع دعوى البائع ذلك (٦) مع علم الإمارات نظر .

بقي الكلام فيما وعدنا ذكره (٧) من الفرع المذكور في التحرير

---

(١) وهي صحة بيع الجميع معاً .

(٢) هذا هو الفرع الثاني من الفرعين المذكورين هنا ، وقد اريدا من كلمة فروع في قوله في ص٩٧ : فروع .

(٣) اى المذكورة في قول العلامة في التذكرة : أوباع نصف احدهما .

(٤) اى وقوع هذا البيع .

(٥) اى بيع نصف احد العبدين .

(٦) اى بيع نصف العبد لرجاء رضا المكرِه بذلك : بأن ادعى أمام الحاكم أني إنما اقدمت على بيع النصف لاجل رجائي برضاه بذلك وليست له امارة على دعواه .

ففي سماع هذه الدعوى نظر وإشكال .

(٧) قد مرت الاشارة الى هذه المواعدة . عند قوله في ص ٦٥ : وسيأتي مايمكن توجيه الفرع المزبور به .

قال في التحرير : لواكره على الطلاق فطلق ناوياً فالاقرب وقوع الطلاق انتهى .

ونحوه في المسالك بزيادة احتمال عدم الوقوع ، لأن الاكراه اسقط أثر (١) اللفظ ، ومجرد النية (٢) لاحكم لها .

وُحكي عن سبطه (٣) في نهاية المرام أنه نقله (٤) قولاً :

واستدل (٥) عليه بعموم مادل من النص والاجماع على بطلان عقد المكرَه ، والاكراه متحقق هنا ، اذ المفروض أنه لولاه لما فعله

ثم قال : (٦) والمسألة محل إشكال انتهى .

وعن بعض الأجلة (٧) أنه لو علم (٨) أنه لايلزمه إلا اللفظ ، وله

---

(١) وهي البينونة بين المرأة والزوج .

(٢) اى مجرد نية الطلاق لا اثر لها في التفرقة بين الزوجين .

(٣) اي سبط الشهيد الثاني .

يأتي شرح حياته والمؤلَّف الشريف في (أعلام المكاسب) .

(٤) نقل اى عدم وقوع الطلاق لو أُكرِه عليه وهو ناوٍ له .

(٥) اى استدل سبط الشهيد الثاني في نهاية المرام على عدم وقوع الطلاق مكرَهاً عليه .

(٦) اى قال سبط الشهيد الثاني : إن المسألة وهي طلاق المكرَه ناوياً للطلاق محل إشكال عند الفقهاء .

(٧) وهو صاحب كشف اللثام .

يأتي شرح حياته ومؤلَّفه الشريف في (أعلام المكاسب) .

(٨) اى المكره بالفتح .

تجريده عن القصد فلا شبهة في عدم (١) الاكراه

وإنما يحتمل الاكراه مع عدم العلم (٢) بذلك ، سواءٌ ظن لزوم القصد وإن لم يُرده المكرِه ام لا انتهى (٣).

ثم إن بعض المعاصرين (٤) ذكر الفرع (٥) عن المسالك،وبناه (٦) على أن المكرَه لاقصد له اصلاً فرده (٧) بثبوت القصد للمكرَه ، وجزم بوقوع الطلاق المذكور مكرها عليه .

---

(١) اى في عدم صدق الإكراه هنا .

(٢) اى مع عدم علم المكرَه بأنه لايلزمه إلا اللفظ ، وله تجريده عن القصد .

(٣) اى ما أفاده بعض الأجلة الذي هو صاحب كشف اللثام .

(٤) وهو صاحب الجواهر .

(٥) وهو وقوع الطلاق لو اكرِه على ذلك كما افاده العلامة .

(٦) اى وبنى بعض المعاصرين وهو صاحب الجواهر الفرع المذكور عن التحرير في ص٩٩ على أن المكره لاقصد له الى مفهوم اللفظ اصلاً :

(٧) اى فرد صاحب الجواهر الشهيد الثاني في هذا المبنى فقال : إن المكرَه قاصد الى مفهوم اللفظ ، وأن الطلاق الصادر منه واقع في الخارج .

ولا يخفى أن صاحب الجواهر قدس سره حكم سابقاً بعدم وقوع الطلاق في هذا الفرع كما نقل عنه الشيخ في ص ٦٤ بقوله : وبعض المعاصرين بنى هذا الفرع على تفسير القصد بما ذكرناه : من أن كلام الفقهاء يوهم ذلك فردَّ عليهم بفساد المبنى ، وعدم وقوع الطلاق .

وهنا نقل عن صاحب الجواهر الجزم بوقوع الطلاق في الفرع المذكور

وفيه (١) ماعرفت سابقاً : من (٢) أنه لم يقل احد بخلو المكرَه عن قصد معنى اللفظ ، وليس هذا (٣) مراداً من قولهم : إن المكرَه غير قاصد الى مدلول اللفظ (٤) ، ولذا (٥) شرّك الشهيد الثاني بين المكرَه والفضولي في ذلك (٦) كما عرفت سابقاً ، فبناء هذا الحكم (٧) في هذا الفرع (٨) على ماذكر (٩) ضعيف جدا .

---

(١) اى وفيما افاده بعض المعاصرين نظر وإشكال .

(٢) كلمة من بيان لما عرفت سابقا ، اى ماعرفته سابقاً عبارة من أنه لم يقل احد .

(٣) اى عدم القصد الى اللفظ اصلاً ليس مراد الفقهاء .

(٤) بل المراد كما عرفت سابقاً في ص ٥٩ : أن مرادهم بعدم القصد هو عدم القصد الى وقوع مضمون العقد في الخارج .

(٥) اى ولاجل أن مراد الفقهاء من عدم وجود القصد للمكرَه عدم القصد الى وقوع المضمون في الخارج ، لاعدم القصد الى مفهوم اللفظ اصلاً .

(٦) اى في القصد ، فإن من الواضح أن العاقد الفضولي قاصد الى مفهوم اللفظ ، فلو كان المكرَه غير قاصد الى مفهوم اللفظ لما كان لتشريك الشهيد الثاني المكرَه مع الفضولي مناسبة .

(٧) وهو عدم وقوع الطلاق من المكرَه ، بناءً على ما افاده صاحب المسالك .

(٨) وهو الطلاق مكرَهاً .

(٩) وهو أن مراد الفقهاء : من أن المكرَه لاقصد له أنه لاقصد له الى مفهوم اللفظ .

وكذا (١) ماتقدم عن بعض الأجلة : من أنه إن علم بكفاية مجرد اللفظ المجرد عن النية فنوى اختياراً صح ، لأن مرجع ذلك (٢) الى وجوب التورية على العارف بها ، المتفطن لها ، اذ لافرق بين التخلص بالتورية وبين تجريد اللفظ عن قصد المعنى بحيث يتكلم به لاغياً .

وقد (٣) عرفت أن ظاهر الأدلة ، والأخبار الواردة في طلاق المكرَه وعتقه عدم اعتبار العجز عن التورية .

وتوضيح الأقسام المتصورة في الفرع المذكور (٤) أن الاكراه الملحق بوقوع الطلاق قصداً اليه راضياً به إما (٥) أن لايكون له دخل في الفعل اصلا : بأن يوقع الطلاق قصداً اليه عن طيب النفس بحيث لايكون الداعي اليه هو الاكراه ، لبنائه (٦) على تحمل الضرر المتوعد به

---

(١) اى وكذا ماتقدم عن صاحب كشف اللثام في ص ٩٩ في قوله : وعن بعض الأجلة أنه لو علم : ضعيف ايضاً .

وكلمة من في قوله : من أنه بيان لما تقدم .

(٢) اى مآل قول صاحب كشف اللثام .

(٣) هذا بيان لضعف ماذكره صاحب كشف اللثام ورد عليه .

وقد مضت الاشارة الى أخبار الطلاق والعتق في الهامش ٥-٦ ص ٦٨

(٤) وهو لو طلق مكرَهاً ناوياً .

اعلم أن الأقسام المذكورة في هذا الفرع حسب تقسيم الشيخ - قدس سره - أربعة ، إلا أن القسم الثالث له فردان ، وكذا القسم الرابع كما ستعرف .

(٥) هذا هو القسم الاول اى لادخل للإكراه في الطلاق ابداً .

(٦) المراد من البناء هنا توطين النفس اى يوطن المطلّق نفسه على تحمل الضرر من قبل المتوعِّد والمكرِه .

ولا يخفى بداهة وقوع الطلاق هنا (١)، وعدم جواز حمل الفرع المذكور عليه (٢) ، فلا معنى لجعله (٣) في التحرير أقرب .

وذكر (٤) احتمال عدم الوقوع في المسالك ، وجعله (٥) قولاً في نهاية المرام ، واستشكاله (٦) فيه ، لعموم (٧) النص والاجماع .

---

(١) اى في القسم الاول .

(٢) لأن الإكراه في الفرع المذكور دخيل في وقوع الطلاق بخلاف هذا القسم ، فإنه غير دخيل في ذلك .

(٣) اى جعل الفرع المذكور أقرب الى الواقع كما افاده العلامة بقوله في ص ٩٩ : لواكره على الطلاق فطلق ناوياً فالأقرب وقوعه .

بل اللازم لجعل الفرع المذكور في القطعيات .

(٤) بالجر عطفاً على مجرور (اللام الجارة) في قوله : لجعله اى فلا معنى لذكر عدم وقوع الطلاق من المحتملات كما افاد هذا المعنى الشهيد الثاني في المسالك .

(٥) بالجر عطفاً على مجرور (اللام الجارة) في قوله : لجعله اى فلا معنى لجعل عدم وقوع الطلاق في الفرع المذكور من المحتملات كما افاد هذا المعنى سبط الشهيد الثاني في نهاية المرام .

(٦) اى ولا معنى لإشكال سبط الشهيد الثاني في وقوع الطلاق في الفرع المذكور .

(٧) هذا دليل سبط الشهيد الثاني في إشكاله على وقوع الطلاق في الفرع المذكور اى الدليل على ذلك هو النص والاجماع .

وقد تقدم الاستدلال منه في ص ٩٩ عند نقل الشيخ عنه بقوله : واستدل عليه بعموم مادل من النص والاجماع .

وكذا (١) لاينبغي التأمل في وقوع الطلاق لو لم يكن الاكراه مستقلا في داعي الوقوع ، بل هو بضميمة شيء اختياري للفاعل .

وإن كان (٢) الداعي هو الاكراه فإما (٣) أن يكون الفعل لا من جهة التخلص عن الضرر المتوعد به ، بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكرِه بالكسر كمن قال له ولده : طلق زوجتك وإلا قتلتك ، أو قتلت نفسي فطلق الوالد خوفاً من قتل الولد : نفسه ، أوقتل الغير له اذا تعرض لقتل والده .

أو كان (٤) الداعي على الفعل شفقــة دينيـة على المكره بالكسر أو على المطلقة ، أو على غيرهما ممن يريد نكاح الزوجة ، لئلا يقع الناس في محرم .

والحكم في الصورتين (٥) لايخلو عن إشكال .

---

(١) هذا هو القسم الثاني من الأقسام المتصورة في الفرع المذكور

(٢) هذا هو القسم الثالث من الأقسام المتصورة في الفرع المذكور ولهذا القسم فردان :

(٣) هذا هو الفرد الاول من القسم الثالث في الفرع المذكور .

(٤) هذا هو الفرد الثاني من القسم الثالث في الفرع المذكور .

(٥) وهما : صورة كون الداعي على الفعل هو الاكراه، لكن الإقدام على الفعل ليس لاجل دفع الضرر المتوعد عن نفسه ، بل لاجل دفع الضرر العائد الى المكرِه بالكسر كما عرفت في المثال بقوله : كمن قال له ولده : طلــق .

وصورة كون الداعي على الفعل شفقة دينية على المكرِه بالكسر اى الحكم بوقوع الطلاق في الفرع المذكور في هاتين الصورتين لايخلو عن إشكال لأن الداعي الى ايجاد الفعل وإن كان نفس الإكراه ، لكن الإقدام عليه ليس -

وإن كان (١) الفعل لداعي التخلص من الضرر فقد يكون (٢) قصد الفعل لاجل اعتقاد المكرَه أن الحذر (٣) لايتحقق إلا بايقاع الطلاق حقيقة ، لغفلته (٤) عن أن التخلص غير متوقف على القصد الى وقوع أثر الطلاق ، وحصول البينونة فيوطن نفسه على رفـع اليد عن الزوجة والإعراض عنها فيوقع الطلاق قاصداً .

وهذا كثيراً مايتفق للعوام .

وقد يكون (٥) هذا التوطين والإعراض من جهة جهله (٦) بالحكم الشرعي ، أو كونه (٧) رأى مذهب بعض العامة فزعم أن الطلاق يقع مع الاكراه ، فاذا اكره على الطلاق فقد طلق قاصداً لوقوعه، لأن القصد الى اللفظ المكرَه عليه بعـد اعتقاد كونه سبباً مستقلا في وقوع البينونة

- لأجل دفع الضرر المتوعد به عن نفسه ، بل لاجل دفع الضرر عن المكرِه بالكسر .

(١) هذا هو القسم الرابع من الأقسام المتصورة في الفرع المذكور ولهذا القسم فردان ايضاً نذكرهما تحت رقمها الخاص عندما يذكرهما الشيخ

(٢) هذا هو الفرد الاول من القسم الرابع .

(٣) اى من المكرِه بالكسر .

(٤) اى لغفلة من المكرَه بالفتح .

(٥) هذا هو الفرد الثاني من القسم الرابع .

(٦) اى جهل المشتري بالحكم الشرعي الذي هو عدم وقوع الطلاق مكرَهاً .

(٧) اى أو أن المكرَه اعتقد أن الطلاق الصادر من المكرَه بالفتح واقـع في الخارج على (مذهب الشيعة الاماميـة) كوقوعه على مذهب (اخواننا السنة) .

يستلزم القصد الى وقوعها (١) فيرضي نفسه بذلك ، ويوطنها عليه .

وهذا (٢) ايضاً كثيراً مايتفق للعوام، والحكم في هاتين الصورتين (٣) لايخلو عن إشكال، إلا (٤) أن تحقق الاكراه أقرب .

---

(١) اى وقوع البينونة فحينئذ يرضي المكرَه بالفتح نفسه ، ويوطنها على البينونة بينه ، وبين زوجته .

(٢) اى الفرد الثاني من القسم الرابع .

(٣) وهما : صورة كون قصد الفعل لاجل اعتقاد المكرَه أن الحذر لايتحقق . وقد اشير اليها في الهامش ٢ ص ١٠٥

وصورة كون التوطين والإعراض من جهة جهل المكرَه بالفتح بالحكم الشرعي وقد اشير اليها في الهامش ٥ ص ١٠٥

اى الحكم وهو وقوع الطلاق في الفرع المذكور في الصورتين المذكورتين مشكل ، لأنه وإن اوقع الطلاق قاصداً لاجل التخلص عن الضرر وأن الحذر من المكره لايتحقق إلا بالطلاق .

لكنه كان غافلاً عن أن التخلص من الضرر لايتوقف على القصد الى وقوع اثر الطلاق .

وكذا في الصورة الثانية ، حيث إن المكرَه كان جاهلاً بالحكم الشرعي أو كونه راى مذهب العامة أن طلاق المكرَه واقع .

(٤) فلازم تحقق الاكراه في الصورتين عدم وقوع الطلاق ، حيث إنه لاطلاق في حالة الاكراه .

اليك الأقسام الاربعة مع الفردين لكل من القسم الثالث والرابع

(القسم الاول) : أن لايكون للإكراه دخل في الطلاق في الفرع المذكور اصلاً بحيث لايكون الداعي الى وقوع الطلاق هو الاكراه ، بل اوقعه بطيب نفس منه ، لبنائه على تحمل الضرر المتوعَّد به . -

ثم إن المشهور بين المتأخرين أنه لو رضي المكرَه بما فعله صح العقد بل عن الرياض تبعاً للحدائق أن عليه (١) اتفاقهم ، لأنه عقـــد

- (القسم الثاني) : أن يكون الاكراه دخيـــلاً في وقوع الطلاق وإن لم يكن مستقلاً في ذلك ، بل بواسطة ضميمة شيء اختياري معه

(القسم الثالث) : أن يكون الداعي على الطلاق هو الإكراه وله فردان :

(الاول) : أن يكون اتيان الفعل لا لاجل دفع الضرر عن نفسه بل من جهة دفع الضرر عن المكرِه بالكسر كما مثل له الشيخ بقوله في ص ١٠٤ : كمن قال له ولده : طلق

(الثاني) : أن يكون اتيان الفعل المكره عليه لاجل شفقة دينيـة على المكرِه بالكسر ، لا لإجل دفع الضرر عن نفسه كما افاده الشيخ .

(القسم الرابع) : أن يكون الداعي من اتيان الفعـل هو التخلص من الضرر .

وهذا له فردان ايضا :

(الاول) : أن يكون قصـــد ايقاع الطلاق لاجـل اعتقاد المكرَه بالفتح أن دفع الضرر لا يمكن إلا بايقاع الطلاق ؛ غفلةً عن أن التخلص من الضرر غير متوقف على القصد الى وقوع اثر الطلاق .

(الثاني) : أن يكون الإقدام على الطلاق ، وتوطين نفسه على ذلك لاجل جهل المكرَه بالحكم الشرعي .

أو كان يعتقد أن مذهب الشيعة الامامية كمذهب اخواننا السنة في وقوع الطلاق من المكرَه بالفتح .

(١) اى على أن المكرَه لو رضي بعد الإكراه ، وايقاع العقـــد صح العقد .

حقيقي فيؤثر أثره ، مع اجتماع باقي شرائط البيع وهو طيب النفس

ودعوى اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد خالية (١) عن الشاهد مدفوعة (٢) بالاطلاقات .

وأضعف منها (٣) دعوى اعتبارها في مفهوم العقد ، اللازم (٤) منه عدم كون عقد الفضولي عقداً حقيقة .

وأضعف (٥) من الكل دعوى اعتبار طيب نفس العاقد في تأثير عقده اللازم (٦) منه عدم صحة بيع المكره بحق ، وكون (٧) إكراهه

---

(١) بالنصب على الحالية لكلمة ودعوى اى حال كون الدعوى خالية .

(٢) خبر للمبتدأ المتقدم وهو قوله : ودعوى ، اى الدعوى المذكورة مردودة بالاطلاقات الواردة وهي : اوفوا بالعقود ، وأحلّ الله البيع ، وتجارة عن تراض : فإنها مطلقة ليس فيها اعتبار مقارنة الطيب للعقد

(٣) اى وأضعف من الدعوى المذكورة دعوى اعتبار مقارنة طيب النفس في مفهوم العقد حالة صدوره .

(٤) بالرفع مبتدأ خبره عدم كون عقد الفضولي، وليس صفة لكلمة دعوى الواقعة في قوله : وأضعف منها دعوى ، للزوم اتيانها مؤنثة لو كانت صفة ، لوجوب التطابق ، اى لازم هذه الدعوى عدم كون عقد الفضولي عقداً حقيقياً ، لعدم وجود مقارنة الرضا في مفهوم عقد الفضولي اذ الرضا حاصل بعد صدور العقد ، ووقوعه .

(٥) اى وأضعف من هاتين الدعويين : الاولى ، والثانية .

(٦) بالرفع مبتدأ خبره قوله: عدم صحة بيع المكرَه ، اى لازم هذه الدعوى أن بيع المكرَه بحق كمن أكره على بيع ماله لأداء دينه لايكون صحيحاً ، لعدم وجود طيب النفس منه حال إجراء العقد حتى يؤثر في عقده .

(٧) بالرفع خبر ثان للمبتدأ الواقع في قوله : اللازم ، اى اللازم ـ

على العقد تعبدياً ، لا (١) لتأثير فيه .

وبؤيده (٢) فحوى صحة عقـد الفضولي ، حيث (٣) إن المالك طيّب النفس بوقوع اثر العقد ، وغير منشىء للنقل بكلامه .

من هذه الدعوى أن يكون الإكراه بحق لاجل التعبد : بمعنى أن الشارع امرنا بأن المكرَه بحقٍ يكون عقده ماضياً .

(١) اى وليس مضي العقد في المكرَه بحقٍ من ناحية تأثير العقـد لعدم وجود طيب النفس من المكرَه بحقٍ مقارناً للعقد على فرض اعتباره حتى يكون العقد هو المؤثر في المكرَه بحقٍ

مع أن الامر ليس كذلك ، اذ العقد بنفسه يكون مؤثراً في المضي

(٢) اى ويؤيد كون عقد المكرَه صحيحاً لو رضي المكرَه بعد العقد : أولوية صحة عقد الفضولي .

(٣) كلمة حيث تعليلية هنا اى تعليل لكون فحوى صحة عقد الفضولي يؤيد صحة عقد المكرَه لو رضي بعد ذلك .

وخلاصة التعليـل : أن المالك الحقيقي في عقـد الفضولي له طيب النفس بوقوع اثر العقـد الذي هو النقل والانتقال بعـد رضائه بذلك ولا ينشأ برضائه هذا نقلاً جديداً مستأنفاً ، فنفس رضائه وإمضائه لما فعله الفضولي كاشف عن طيب نفسه بمضمون العقـد الصادر من الفضـولي وليس المضمون إلا النقل والانتقال .

فاذا كان الرضا اللاحق في الفضولي مؤثراً في صحته ، مع أن الفضولي ليس مالكاً حقيقياً ، فالرضا اللاحق في عقد المكرَه بطريق أولى يكون موجباً لصحته ، لأن المكرَه مالك حقيقي في بيع ماله بنفسه ، غاية الامر ليس له الرضا قبل العقد ثم حصل بعده

وامضاء انشاء الغير ليس إلاطيب النفس بمضمونه ، وليس (١) انشاءً مستأنفاً ، مع أنه (٢) لو كان فهو موجود هنا ، فلم (٣) يصدر من المالك هنالك إلا طيب النفس بانتقاله متأخراً عن انشاء العقد .

وهذا (٤) موجود فيما نحن فيه مع زائد : وهو انشاؤه للنقل المدلول عليه بلفظ العقد ، لما عرفت (٥) من أن عقده إنشاء حقيقي .

وتوهم أن عقد الفضولي واجد لما هو مفقود هنا (٦) : وهو طيب نفس العاقد بما ينشؤه .

مدفوع بالقطع بأن طيب النفس لا أثر له ، لافي صدق العقدية ، اذ

---

(١) اى وليس إمضاء المالك الحقيقي لانشاء العاقد الفضولي إنشاءً مستأنفاً جديداً .

(٢) أى مع أنه لو فرضنا أن الامضاء من المالك الحقيقي يكون إنشاءً جديداً اى عقداً جديداً فطيب النفس موجود ايضا بنفس الانشاء الجديد الذي وجد بالامضاء من المالك الحقيقي .

(٣) الفاء تعليلية اي تعليل لوجود طيب النفس لو كان الامضاء إنشاءً جديداً ، اى لم يصدر من المالك الحقيقي في عقد الفضولي سوى طيب النفس بامضائه للعقد ، وإن قلنا : إن الامضاء إنشاء جديد بانتقال المبيع الى المشتري متأخراً عن انشاء العقد الصادر من الفضولي .

(٤) اى طيب النفس موجود فيما نحن فيه : وهو عقد المكرَه مع شيء زائد على الاجازة في عقد الفضولي .

(٥) اى في ص ١٠٧ عند قوله : لأنه عقد حقيقي .

(٦) وهو عقد المكرَه .

يكفي فيه (١) مجرد قصد الانشاء المدلول عليه باللفظ المستعمل فيه ولافي النقل والانتقال ، لعدم مدخلية غير المالك فيه (٢)

نعم (٣) لو صح ماذكر سابقاً (٤) : من توهم أن المكَرَه لاقصد له الى مدلول اللفظ اصلا ، وأنه قاصد نفس اللفظ الذي هو بمعنى الصوت كما صرح (٥) به بعض : صح أنه لايجدي تعقب الرضا ، اذ لاعقد حينئذ (٦)

لكن عرفت سابقاً (٧) أنه خلاف المقطوع من النصوص والفتاوى فراجع

فظهر مما ذكرنا (٨) ضعف وجه التأمل .

---

(١) اى في صدق العقدية .

(٢) اى في النقل والانتقال .

(٣) استدراك عما افاده : من أن لحوق الرضا في المكَرَه موجب لصحة العقد ، وقد ذكر الاستدراك في المتن فلا نعيده .

(٤) اى في ص ٥٨ عند قوله : نقلاً عن الشهيد الثاني : ثم إنه يظهر من جماعة منهم الشهيدان .

(٥) اى بأن المكرَة قاصد الى اللفظ الذي هو الصوت .

(٦) اى حين أن كان المكرَه قاصداً الى اللفظ الذي هو الصوت المجرد ، من دون قصد الى وقوع مضمونه في الخارج .

(٧) اى في ص ٥٩ عند قوله : فالمراد بعدم القصد في المكرَه عدم قصده الى وقوع مضمون العقد في الخارج، لاعدم قصده الى مفهوم اللفظ اصلا

(٨) وهو أن فحوى صحة عقد الفضولي يؤيد عقد المكرَه بعد لحقوق الرضا به ، وأن طيب النفس موجود فيه مع زيادة وهو انشاؤه للنقل بلفظ العقد وإن كان مكرَهاً كما عرفت مفصلاً في الهامش ٣ من ص ١٠٩ ، وفي الهامش ٣ . ص ١١٠

في المسألة (١) كما عن الكفاية ، ومجمع الفائدة ، تبعاً للمحقق الثاني في جامع المقاصد وإن انتصر لهم بعض من تأخر عنهم بقوله تعالى : (٢) إلا أن تكون تجارة عن تراض الدال على اعتبار كون العقد عن التراضي .

مضافاً (٣) الى النبوي المشهور الدال على رفع حكم الاكراه مؤيداً (٤) بالنقض بالهازل ، مع أنهم لم يقولوا بصحته بعد لحوق الرضا .

والكل (٥) كما ترى

---

(١) وهي مسألة عقد المكرَه بعد لحقوق الرضا به .

(٢) هذا هو الدليل الاول للانتصار .

وخلاصته : أن عقد المكرَه ليس فيه تراض ، والآية الكريمة تصرح بكون التجارة الواقعة بين المتعاقدين لابد أن تكون عن تراض فلا يفيده لحوق الرضا متأخراً عن العقد .

(٣) اي بالاضافة على الآية المذكورة لنا دليل آخر على عدم صحة عقد المكرَه وإن لحقه الرضا : وهو النبوي المشهور رُفِع عن امتي تسعة: ما اكرهوا عليه .

وقد اشير الى الحديث في الهامش ١ . ص ٤٦

(٤) اى عدم صحة وقوع عقد المكرَه وإن لحقه الرضا مؤيد بالنقض بالهازل ، هذا هو الدليل الثالث للانتصار.

وخلاصته : أن الهازل مع أنه قاصد الى مفهوم اللفظ لم يقل احد من الفقهاء بصحة عقده الصادر منه لو لحقه الرضا .

(٥) اى الأدلة الثلاثة : من الآية الشريفة ، والنبوي المشهور والتأييد المذكور التي جيئت للانتصار على عدم صحة عقد المكرَه ولو لحقه الرضا : مخدوشة بأسرها. =

لأن (١) دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التراضي إما بمفهوم الحصر وإما بمفهوم الوصف ، ولا حصر كما لايخفى ، لأن الاستثناء منقطع ، وغير مفرّغ

ومفهوم الوصف على القول به مقيد بعدم ورود الوصف مورد الغالب كما في "ربائبكم اللّاتي في حجوركم".

---

(١) من هنا شروع في نقض تلك الأدلة وهدمها فابتدأ بالرد على الاستدلال بالآية الكريمة التي كانت اول الأدلة .

وخلاصته : أن الاستدلال بالآية على حصر التجارة في التجارة عن تراض إما بمفهوم الحصر المستفاد من الاستثناء في قوله تعالى : إلا أن تكون تجارة عن تراض .

وإما بمفهوم الوصف وهو تقييد التجارة بتجارة عن تراض

(أما الاول) : فليس فيه دلالة على الحصر المذكور ، لأن دلالة الاستثناء على الحصر سببه احد الامرين لامحالة على سبيل منع الخلو :

إما كونه متصلاً ، وإما كونه مفرّغاً .

وكلاهما مفقودان في المقام ، لأن الاستثناء هنا منقطع ، والمستثنى منه مذكور ، حيث إن التجارة عن تراض ليست داخلة في أكل المال بالباطل فهي من قبيل قولك : جاءني القوم إلا حماراً ، فالاستثناء منقطع

وليس بمفرّغ ايضاً ، لوجود المستثنى منه في الكلام .

(وأما الثاني) : وهو مفهوم الوصف فعلى القول بأن له مفهوماً ومفهومه حجة فحجية مفهومه مقيدة بعدم ورود الوصف مورد الغالب

فإن الوصف اذا ورد مورد الغالب ليس له مفهوم حتى يكون حجة كما في الآية الكريمة : وَرَبائِبُكُمُ اللّاتي في حُجُورِكُمُ ، اذ ليس معنى الآية أن الربائب التي ليست في الحجور يجوز للرجل اخذهن ، والتي في الحجور لايجوز للرجل اخذهن .

ودعوى (١) وقوعه هنا مقام الاحتراز ممنوعة ، وسيجيء (٢) زيادة توضيح لعدم دلالة الآية على اعتبار سبق التراضي في البيع الفضولي .

وأما (٣) حديث الرفع ففيه اولا أن المرفوع فيه هي المؤاخذة

- ولكن الغالب أن يكنّ الربائب في الحجور ، فلذا قُيِّدت بها ففيما نحن فيه ورد الوصف مورد الغالب فلا مفهوم له حتى يكون حجة فيستدل به .

(١) اى دعوى وقوع الوصف وهو تجارة عن تراض هنا للاحتراز عن تجارة ليس فيها تراض فيصح حينئذ الاستدلال به على المدعى : وهو كون عقد المكرَه بعد لحوق الرضا به غير صحيح فيكون القيد قيداً احترازياً

ممنوعة ، اذ القيد هنا يحمل على التوضيح والغالب .

(٢) اى عند قوله : فمن عدم السبق هنا نستدل على عدم سبقه فيما نحن فيه .

(٣) هذا رد على الدليل الثاني للانتصار المذكور .

وخلاصته أن الاستدلال بحديث رفع عن امتي تسعة المشار اليه في الهامش ١ ص ٤٦ مخدوش من ناحيتين .

(الاولى) : أن المراد من الرفع الوارد في الحديث هو رفع المؤاخذة ورفع الأحكام المتضمنة لمؤاخذة المكرَه ، سواءٌ أكانت الأحكام تكليفية أم وضعية .

كما عرفت شرحه مفصلا في ص ٤٧ - ٤٨

وليس المراد من الرفع رفع الحكم الذي هو للمكرَه .

بعبارة اخرى : أن رفع حكم الإكراه في المكرَه إنما شُرِّع في الشريعة الاسلامية ليرفع حكماً ضررياً على المكرَه ، لا ما كان نفعاً له -

والأحكام (١) المتضمنة لمؤاخذة المكرَه ، والزامه بشيء ، والحكم بوقوف عقده على رضاه راجع الى أن له أن يرضى بذلك ، وهذا حق له ، لاعليه

نعم قد يُلزم الطرف الآخر (٢) بعدم الفسخ حتى يرضى المكرَه أو يفسخ .

وهذا (٣) إلزام لغيره ، والحديث لايرفع المؤاخذة ، والإلزام عن غير المكرَه (٤) كما تقدم

وأما إلزامه (٥) بعد طول المدة باختيار البيع ، أوفسخه فهو (٦)

ومن الواضح أن الحكم بتوقف عقد المكرَه على رضاه حق له من حقوقه فلا يشمله الحديث .

(١) بالرفع عطف على هي المؤاخذة اى أن المرفوع هي الأحكام المتضمنة كما عرفت آنفاً .

(٢) وهو المشترى لو كان المكرَه بايعاً ، أو البايع لو كان المكرَه مشترياً .

(٣) اى إلزام الآخر الذي هو المشتري،أوالبايع إلزام لغير المكرَه لا للمكرَه .

(٤) حيث إنه موضوع لرفع الإكراه عن شخص المكرَه كما أفاده بقوله آنفاً : إن المرفوع فيه هي الأحكام المتضمنة لمؤاخذة المكرَه

(٥) اى إلزام المكرَه ؛ ودليل الالزام هو حديث نفي الضرر في قوله صلى الله عليه وآله وسلم : لاضرر ولا ضرار .

(٦) اى إلزام المكرَه باحد الامرين : إما الرضا ، أو الفسخ من توابع الحق : بمعنى أن من الحق توقف العقد على الرضا ، فإنه ثابت للمكرَه بسبب الاكراه .

من توابــع الحق الثابت له بالاكراه ، لا (١) من أحـكام الفعل المتحقق على وجه الاكراه .

ــ وقد عرفت في الهامش ٣ ص ١٤ أن حديث رفع الاكراه إنما يرفع حكماً سابقاً على الاكراه ، لا ماقد أتى من قبل الاكراه ، وفي موضوع الاكراه .

(١) اى الزام المكرَه ليس من أحكام نفس العقد المتحقق على وجه الاكراه ، ليندرج تحت حديث رفع عن امتي تسعة فيرفع بالاكراه حتى لايبقى مجال للحوق الرضا ، ثم يحكم ببطلان عقد المكرَه ، لوقوع التعارض بين حديث الرفع حينئذ ، وبين حديث لاضرر ولا ضرار فيحكم بالتساقط ثم الرجوع الى الاصل الذي هو استصحاب بطلان عقد المكرَه ، اذ عقد المكرَه قبل لحوق الرضا كان باطلاً ، لاشتراط الاختيار فيه ، وبعــد لحوق الرضا نشك في صحته فنستصحب عدم الصحة .

فتحصل من مجموع ماافاده شيخنا الانصاري قدس سره في الخدشة في الناحية الاولى أحـكام ثلاثة :

(الاول) : الحـكم بتوقف عقد المكرَه على رضاه في قوله : في ص ١١٥ والحـكم بتوقف عقده على رضاه ،

وقد عرفت أن هذا حكم له ، لاعليه ، ودليل الرفع إنما يرفع حكماً ضررياً على المكرَه

(الثاني): الحـكم بالزام الغير أن لايفسخ حتى يرضى المكرَه ، أو يفسخ في قوله في ص ١١٥ : نعم قد يُلزم الطرف الآخر .

وقــد عرفت أن حديث الرفع إنما يرفع حكماً ضررياً على المكرَه لا ما كان على الغير .

(الثالث) : الحـكم بالزام المكره إما بالفسخ ، أو الامضاء في قوله : في ص ١١٥ وأما إلزامه بعد طول المدة .

ثم إن ماذكرنا (١) واضحٌ على القول بكون الرضا ناقلا (٢)
وكذلك على القول بالكشف بعد التأمل (٣)
وثانياً (٤) أنه يدل على أن الحكم الثابت للفعل المكرَه عليه لولا

---

(١) وهي صحة العقد المكرَه بعد لحوق الرضا ، وأن المكرَه مُلزَم باحد الامرين لامحالة : إما الامضاء وهوالرضا ، أو الفسخ .

(٢) اذ على النقل لا ملكية للطرف الآخر قبل الرضا فلا مؤاخذة ولا إلزام على المكرَه اصلاً .

(٣) لأنه اذا لم يتحقق من المكرَه الرضا بعد العقد فلا كاشف عن تحقق الملكية قبل الرضا ، واذا لم يكن هناك كاشف لم يكن هناك إلزام للمكرَه ، ولا مؤاخذة .

(٤) هذه هي الناحية الثانية للخدشة على الاستدلال بحديث رفع عن امتي تسعة على عدم صحة عقد المكرَه بعد لحوق الرضا .

وخلاصتها : أن حديث الرفع إنما يدل على رفع الحكم الذي كان ثابتاً في العقد الاختياري عن العقد الواقع مكرَها عليه مثلاً نفوذ العقد الذي كان هي الصحة في العقد الاختياري يرتفع عن العقد لو وقع مكرَهاً عليه : بحيث لولا الإكراه لكان كالعقد الاختياري في كونه نافذاً ماضياً المفعول ، فالإكراه سبب لسلب النفوذ وارتفاعه عنه

ومن المعلوم وجود هذا المعنى وهو ارتفاع الحكم المذكور ، وسلبه عن الفعل المكرَه عليه الذي هو مورد البحث ، وتعلقه به ، لأن العقد بما هو عقد مع قطع النظر عن كونه وقع مكرَهاً عليه سبب مستقل لنقل المال الى المشتري .

ومن الواضح انتفاء هذا الاثر الذي هو النقل بانتفاء العقد الذي وقع مكرهاً عليه بسبب الاكراه .

الإكراه يرتفع عنه اذا وقع مكرَّهاً عليه كما هو (١) معنى رفع الخطأ والنسيان أيضاً .

وهذا المعنى (٢) موجود فيما نحن فيه ، لأن (٣) اثر العقد الصادر من المالك مع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه سبب مستقل لنقل المال

ومن المعلوم انتفاء هذا الاثر (٤) بسبب الإكراه .

وهذا الأثر (٥) الناقص المترتب عليه (٦) مع الإكراه .

= فالحديث إنما يرفع هذا الحكم الذي تلوناه عليك حيث إنه جزء .

وأما لحوق الرضا الذي هو احد جزئي العلة التامة لصحة العقد اذ لصحة وقوع المعاملة جزآن : العقد ، ولحقوق الرضا : فلا يرتفع بالحديث المذكور ، لأنه لم يكن ثابتاً للفعل الواقع مكرَّها عليه ، اذ المفروض ثبوت جزئية لحوق الرضا للعقد الواقع مكرَّها عليه بوصف الاكراه .

(١) اى ارتفاع الحكم الثابت للفعل اذا وقع مكرَّهاً عليه هو المعني ايضاً من رفع الخطأ ، والنسيان ، والاضطرار في قوله صلى الله عليه وآله وسلم : رفع عن امتي تسعة : ما اكرهوا عليه والخطأ والنسيان المشار اليه في الهامش ١ ص ٤٦

(٢) وهو ارتفاع الحكم الثابت للفعل اذا وقع مكرَّها عليه وقد عرفت معناه آنفاً في الهامش ٤ ص ١١٧

(٣) تعليل لوجود معنى المذكور وهو ارتفاع الحكم الثابت .

(٤) وهو نقل المال .

(٥) وهو لحوق الرضا بالعقد المكرَّه بعد صدور العقد مكرَّها عليه وقد عرفت معناه في الهامش ٤ ص ١١٧ - ١١٨

والمراد من الاثر المؤثر الذي هو الرضا

(٦) اى على العقد المكرَّه عليه

العلة التامة (١) للملكية : لم يكن ثابتاً (٢) للفعل ، مع قطع النظر عن الإكراه ليرتفع به ، اذ (٣) المفروض أن الجزئية ثابتة له بوصف الاكراه فكيف يعقل ارتفاعه بالاكراه ؟

وبعبارة اخرى (٤) أن اللزوم الثابت للعقد مع قطع النظر عن اعتبار عدم الاكراه هو اللزوم المنفي بهذا الحديث ، والمدعى ثبوته للعقد بوصف الاكراه هو وقوفه على رضا المالك ، وهذا (٥) غير مرتفع بالاكراه .

لكن (٦) يرد على هذا أن مقتضى حكومة الحديث على الاطلاقات

---

(١) وقد عرفت معنى العلة التامة ، وأن لحوق الرضا كيف يكون جزءً للعلة في الهامش ٤ ص ١١٧ - ١١٨

(٢) وقد عرفت معنى عدم كون الجزء الناقص ثابتاً آنفاً

(٣) تعليل لكون لحقوق الرضا لم يكن ثابتاً للفعل المكرَه عليه

(٤) هذا رد آخر من الشيخ على من استدل بحديث الرفع على عدم صحة عقد المكرَه بعد لحوق الرضا به .

خلاصته : أن اللزوم الثابت الذي هو النقل والانتقال للعقد مع قطع النظر عن اعتبار عدم الاكراه في العقد هو المنفي بحديث رفع عن امتي ما أُكرِهوا عليه اذا وقع العقد مكرَهاً عليه .

وأما ثبوت هذا اللزوم للعقد بعد توقفه على رضا المكرَه غير مرتفع بحديث رفع عن امتي .

(٥) وهو توقف العقد على رضا المالك .

(٦) من هنا يروم الشيخ العدول عما افاده : من عدم دلالة حديث الرفع على رفع لحوق الرضا ، بل يقصد من العدول عدم صحة عقد المكرَه وإن لحقه الرضا فاستدرك فقال : لكن يرد . —

هو تقيدها بالمسبوقية بطيب النفس فلا يجوز الاستناد اليها ، لصحة بيع المكرَه ووقوفه على الرضا اللاحق ، فلا يبقى دليل على صحة بيع المكره فيرجع الى أصالة الفساد (١) .

وبعبارة اخرى أن أدلة (٢) صحة البيع تدل على مسببية مستقلة فاذا قيدت (٣) بغير المكرَه لم يبق لها دلالة على حكم (٤) المكره

بل لو كان هنا مايدل على صحة البيع بالمعنى الأعم من السببية المستقلة كان دليل الاكراه حاكماً عليه مقيداً له فلا ينفع .

- وخلاصته : أنه يقع التعارض بين حديث الرفع ، وبين الاطلاقات الواردة في المعاملة مثل وَاَحَلَّ اللهُ البيع ، وَاَوفُوا بِالعُقُودِ ، وَتِجارَةً عَن تَراضٍ ، حيث إنها مطلقة تدل على صحة العقد ، سواءً أكان الرضا مقارناً له ام ملحقاً به .

فاذا وقع التعارض يقدم دليل الرفع على تلك المطلقات ، لحكومته عليها فيقيدها ويخصصها بالرضا المقارِن للعقد فلم يبق مجال لصحة عقد المكرَه بعد لحوق الرضا به ، فحينئذ يرجع الى أصالة فساد العقد .

والمراد من الأصالة هنا الاستصحاب ، اذ العقد لما وقع مكرَهاً كان فاسداً لم يؤثر اثره الصحيح الذي هو وقوع العقد عن اختيارٍ ، وبعد لحوق الرضا به نشك في رفع الفساد فنستصحب ذلك .

(١) وهو الاستصحاب كما عرفت آنفاً .

(٢) وهو قوله تعالى : اَوفُوا بِالعُقُودِ ، وَاَحَلَّ اللهُ البَيعَ وتجارَةً عَن تَراضٍ كما عرفت آنفاً .

(٣) اى أدلة صحة البيع التي هي الآيات المذكورة .

(٤) اى لم يبق لتلك الأدلة دَلالَة على حكم المكرَه وهو نفوذ صحة العقد المكرَه وإن لحقه الرضا .

اللهم (١) إلا أن يقال : إن الاطلاقات المقيدة للسببية المستقلة مقيدة بحكم الأدلة الأربعة (٢) المقتضية لحرمة اكل المال بالباطل ، ومع عدم طيب النفس : بالبيع (٣) المرضي به ، سبقه الرضا ، أو لحقه

ومع ذلك فلا حكومة للحديث عليها ، اذ (٤) البيع المرضي به سابقاً لا يعقل عروض الاكراه له .

وأما المرضي به بالرضا اللاحق (٥) فإنما يعرضه الاكراه من حيث ذات الموصوف وهو اصل البيع قبل الرضا ، ولا نقول بتأثيره (٦) بل (٧) مقتضى الأدلة الأربعة

---

(١) استثناء عن الاستدراك المذكور في ص ١١٩ ، وعدول عما افاده : من حكومة دليل الرفع على المطلقات ، وأنه يقيدها بالرضا المقارن بالعقد ، وأن اللاحق غير مؤثر ·

وقد ذكر الشيخ الاستثناء في المتن فلا نعيده .

لكننا نشير الى تفسير بعض العبارات المحتاجة اليه .

(٢) وهو الكتاب والسنة ، والعقل ، والاجماع .

(٣) الجار والمجرور متعلق بقوله : مقيدة اى اطلاقات أدلة البيع التي ذكرناها لك مقيدة بالبيع المرضي به فقط ، سواء سبقه الرضا ام لحقه فتشمل البيع الذي يلحقه الرضا بعد العقد ، فبيع المكره بعد لحوق الرضا به داخل في حريم تلك الأدلة فلا حكومة لحديث الرفع على تلك المطلقات .

(٤) تعليل لعدم حكومة حديث الرفع على تلك المطلقات .

(٥) كما في العقد المكره ، حيث يلحقه الرضا بعد العقد .

(٦) اى بتأثير اصل البيع الذي عارضه الاكراه : في الرضا اللاحق به بحيث يجعله بلا اثر ، ويبقى العقد على إكراهه .

(٧) هذا في الواقع تعليل لعدم تأثير اصل البيع في الرضا اللاحق بحيث يجعل الرضا اللاحق بالعقد بلا تأثير .

مدخلية الرضا في تأثيره (١) ، ووجوب (٢) الوفاء به .

فالاطلاقات (٣) بعد التقييد تُثبت التأثير التام لمجموع العقد المكرَه عليه ، والرضا به لاحقاً ، ولازمه (٤) بحكم العقل كون العقد المكرَه عليه بعض (٥) المؤثر التام .

وهذا (٦) لا يُرتفع بالاكراه

---

(١) اى في تأثير العقد الواقع مكرَهاً بعد لحوق الرضا به كما عرفت آنفاً

(٢) بالجر عطفاً على مجرور (في الجارة) في قوله : في تأثيره ، اي ومقتضى الأدلة الأربعة تأثير الرضا في وجوب الوفاء بالعقد وإن كان الرضا ملحقاً به ، والعقد وقع مكرَهاً .

(٣) الفاء تفريع على ماافاده : من أن مقتضى الأدلة الاربعة مدخلية الرضا في تأثير العقد الواقع مكرَهاً ، وفي وجوب الوفاء به .

وخلاصته : أن المطلقات الواردة التي عرفتها بعد تقييدها بالرضا اللاحق بالعقد الواقع مكرَهاً عليه تثبت التأثير التام لمجموع العقد الذي هو مركب : من العقد المكرَه ، والرضا اللاحق به ، اذ قبل لحوق الرضا كان تأثير العقد ناقصاً ، لوقوعه مكرَهاً عليه فيحتاج الى الجزء الآخر وهو الرضا فبلحوقه به يتم التأثير ، ويعمل العقد عمله وهو نفوذ الصحة .

(٤) اى ولازم اثبات التأثير التام لمجموع العقد المكرَه عليه والرضا اللاحق به .

(٥) بالنصب خبر لكلمة كون ، والبعض الآخر هو الرضا الملحق بالعقد المكرَه بعد وقوعه .

(٦) وهو كون العقد المكرَه بعض المؤثر لايرتفع بالاكراه حتى يبقى العقد بعد لحوق الرضا به على جزء واحد .

لأن (١) الاكراه مأخوذ فيه بالفرض

إلا (٢) أن يقال : إن أدلة (٣) الاكراه كما ترفع السببية المستقلة التي افادتها الاطلاقات قبل التقييد (٤) كذلك ترفع مطلق (٥) الأثر عن العقد المكره عليه ،لأن (٦) التأثير الناقص أيضاً استفيد من الاطلاقات بعد تقييدها بالرضا الأعم من اللاحق .

- ثم يقال : إنه لاتأثير لهذا العقد وإن لحقه الرضا ، لأن العقد مركب من جزئين ، لامن جزء واحد كما فيما نحن فيه ، حيث إن العقد المكرَه الذي هو احد جزئي العقد قد ارتفع بسبب الاكراه .

(١) تعليل لعدم ارتفاع عقد المكرَه الذى هو بعض المؤثر التام بالاكراه .

وخلاصته : أن المفروض اخذ الاكراه في مفهوم العقد المكرَه عليه فكيف يعقل ارتفاع بعض التأثير عن العقد المكرَه عليه بسبب الاكراه؟

إذاً يبقى هذا البعض على تأثيره بعد لحوق الرضا به

نعم لو لم يلحق الرضا بالعقد المكرَه عليه لم يبق على تأثيره .

(٢) هذا استثناء عن الاستثناء الاول المذكور في ص ١٢١ ، وفي الواقع عدول عن الاستدراك الاول ، ويروم به اثبات حكومة حديث الرفع على المطلقات،وأن الرضا اللاحق لاتأثير له فلا نفوذ لصحة العقد .

(٣) المراد من أدلة الاكراه هو حديث الرفع .

(٤) اى قبل تقييد الاطلاقات بالرضا اللاحق بالعقد المكرَه عليه

(٥) اى حتى الاثر الصادر عن الرضا اللاحق المعبر عنه بالاثر الناقص .

(٦) تعليل لرفع مطلق الاثر الناقص الذي هو الرضا اللاحق .

وهذا (١) لايفرق فيه أيضاً بين جعل الرضا ناقلا أوكاشفاً ، اذ على الاول (٢) يكون تمام المؤثر نفسه (٣)

وعلى الثاني (٤) يكون الامر (٥) المنتزع منه العارض للعقد وهو تعقبه للرضا .

وكيف كان (٦) فذات العقد المكره عليه مع قطع النظرعن الرضا (٧)

---

(١) اي ارتفاع مطلق الاثر حتى الناقص عن العقد المكرّه عليه لافرق فيه بين أن يقال : إن الرضا اللاحق ناقل الملك الى المشتري من حين وقوع الرضا .

وبين أن يقال : إن الرضا اللاحق كاشف عن وقوع الملك للمشتري من حين صدور العقد المكرّه عليه .

(٢) وهو الكشف .

(٣) اى نفس الرضا يكون متمماً للمؤثر .

(٤) وهو القول بالكشف .

(٥) بالنصب خبر لكان واسمه مستتر يرجع الى تمام المؤثر اى على القول بالكشف يكون تمام المؤثر الامر المنتزع : وهو تعقب العقد المكرّه للرضا .

(٦) اى سواءٌ قلنا : إن الرضا اللاحق يكون مؤثراً في العقد المكرّه عليه ام لا .

وسواءٌ قلنا : إنه لافرق على القول بارتفاع مطلق الاثر عن العقد المكرّه عليه حتى الاثر الناقص الذي هو الرضا اللاحق : بين القول بكون الرضا ناقلاً ، أو كاشفاً .

(٧) بناءً على القول بالنقل .

أو تعقبه (١) له لايترتب عليه إلا كونه جزء المؤثر التام (٢)

وهذا (٣) امر عقلي قهري يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع منه ، ومن الرضا ، أو وصف (٤) تعقبه له ، فتأمل (٥)

بقي الكلام في أن الرضا المتأخر (٦) ناقل ، أو كاشف (٧)

---

(١) بناءً على القول بالكشف .

(٢) والجزء الآخر هو الرضا اللاحق .

(٣) اى كون العقد المكرَه عليه جزءً مؤثراً تاماً امر عقلي يحصل للعقد بعد حكم الشارع بأن المؤثر التام هو العقد المجموع المركب : من العقد المكرَه ، ومن الرضا اللاحق .

(٤) بناءً على كون الرضا كاشفاً .

(٥) اشارة الى أن العقد المكرَه عليه الذي هو جزء مؤثر تام وإن كان امراً عقلياً لايمكن جعله بالأصالة حتى يصح رفعه .

إلا أنه ممكن الجعل بتبعية جعل الكل فحينئذ قابل للرفع .

(٦) بمعنى أن الرضا اللاحق ينقل الملك من البايع المكرَه الى المشتري من حين صدوره .

(٧) بمعنى أن الرضا اللاحق يكشف عن سبق الملك الى المشتري من البايع المكرَه من حين صدور العقد منه .

وتظهر الثمرة على القولين في المنافع ان كانت للعين المبيعة .

فعلى القول بالفعل ترجع الى المالك إذا كانت موجودة ، ولا يجوز التصرف فيها ورد مثلها إن كانت مثلية ، وقيمتها إن كانت قيمية اذا لم تكن العين موجودة .

وأما على القول بالكشف فتكون راجعة الى المشتري .

مقتضى الاصل (١) ، وعدم (٢) حدوث حِلٍّ مال الغير إلا عن طيب نفسه هو (٣) الأول

إلا أن الأقوى بحسب الأدلة النقلية هو الثاني (٤) كما سيجيء في مسألة الفضولي .

وربما يدعى أن مقتضى الاصل (٥) هنا ، وفي الفضولي هو الكشف لأن مقتضى الرضا بالعقد السابق هو الرضا بما افاده من نقل الملك حين صدوره (٦) ، فإمضاء الشارع للرضا بهذا المعنى : وهو النقل من حين

---

(١) المراد به هي الاصول والقواعد الأولية ، والعمومات الواردة في البيع ، حيث إنها تدل على حصول الملك من حين صدور الرضا لامن حين صدور العقد ، لعدم وجود رضا حين صدور العقد حتى تحصل الملكية .

(٢) بالجر عطفا على المضاف اليه في قوله : مقتضى الاصل أى ومقتضى عدم حدوث حِلٍّ مال الغير .

والمراد من عدم الحدوث هو الاستصحاب اى استصحاب عدم حصول الملكية بالعقد المكره من حين وقوعه ، لعدم وجود الرضا ، وبعد حصول الرضا نشك في حصولها من حينه فنجري استصحاب العدم .

(٣) وهو النقل وقد عرفت معناه آنفاً .

(٤) وهو الكشف وقد عرفت معناه آنفاً .

والمراد من الأدلة النقلية هي صحيحة محمد بن قيس الآتية في البيع الفضولي وبقية الأحاديث الواردة في المقام الآتية

(٥) اى في العقد المكرَه .

(٦) اى حين صدور العقد ووقوعه .

العقــد ، وترتب الآثار عليه لايكون إلا بالحكم بحصول الملك في زمان النقل (١)

وفيه (٢) أن مفاد العقد السابق ليس النقل من حينه ، بل نفس (٣) النقــل .

إلا أن إنشاءه (٤) لما كان في زمان ، التكلم ، فان كان ذلك الإنشاء مؤثراً في نظر الشارع في زمان التكلم حدث الاثر (٥) فيه

وإن كان (٦) مؤثراً بعد حصول أمرٍ (٧) حدث الاثر (٨) بعده

فحصول (٩) النقل في نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشيء من اجتماع

---

(١) وزمان النقل هو حين صدور العقد ووقوعه

(٢) اى وفيما يُدعى نظر وإشكال .

وقد ذكره الشيخ في المتن فلا نعيده ، لكننا نشير الى بعض الموارد المحتاجة الى التوضيح .

(٣) اى مفاد العقد نفس النقل وطبيعته ، من دون اقترانه بزمان صدور العقد ، فالزمان لايكون دخيلاً في العقد فهو مجرد عنه .

(٤) اى انشاء العقد

(٥) وهو النقل في زمان التكلم .

(٦) اى انشاء العقد .

(٧) وهو الرضا الملحق بالعقد المكره .

(٨) وهو النقل اى وقع النقل بعد حدوث ذلك الامر الذي هو الرضا اللاحق بالعقد بعد صدور العقد .

(٩) الفاء تفريــع على ما أفاده : من أن الانشاء اذا كان مؤثراً في نظر الشارع في زمن التكلم حدث النقل فيه ، وإن كان مؤثراً بعــد حصول الرضا حدث النقل بعده .

ما يعتبر (١) في الحكم ، ولذلك (٢) كان الحكم بتحقق الملك بعد القبول (٣) ، أو بعد القبض في الصرف والسلم والهبة ، أو بعد انقضاء زمان الخيار على مذهب الشيخ غير (٤) مناف لمقتضى الايجاب .

= وخلاصته : أن حصول الاثر وهو النقل في نظر الشارع دائر مدار حكمه ، وتابع زمان حكمه لذاك الاثر .

ومن الواضح أن حكم الشارع بحصول الاثر إنما هو عند اجتماع شرائطه ، ومن جملة الشرائط حصول الرضا ، فالملكية إنما تحصل عند حصول الرضا ، لامن حين صدور العقد حتى يكون الرضا كاشفاً عن سبق الملك للمشتري .

(١) المراد من مايعتبر هو الرضا اللاحق بالعقد المكرَه

والمراد من الحكم هو نقل الملك .

(٢) اى ولاجل أن النقل في نظر الشارع تابع لزمان حكمه ، لالزمان وقوع العقد .

(٣) اى لابمجرد وقوع الايجاب فقط .

(٤) بالنصب خبر لكان في قوله : ولذلك كان الحكم اى الحكم بتحقق الملك في الأزمنة الثلاثة وهي :

زمان بعد القبول كما في العقود

وزمان بعد القبض كما في بيع السلف ، والصرف ، والهبة

وزمان انقضاء الخيار كما في البيع الخياري :

لايكون منافيا لمقتضى الايجاب ، حيث عرفت أن الزمان منسلخ عن العقد .

ولم يكن (١) تبعيضاً في مقتضاه بالنسبة الى الأزمنة .

(فإن قلت) : حكم الشارع بثبوت الملك وإن كان بعد الرضا إلا أن حكمه بذلك (٢) لما كان من جهة امضائه للرضا بما وقع فكأنه حكم بعد الرضا بثبوت الملك قبله (٣)

(قلت) : المراد (٤) هو الملك شرعاً ، ولامعنى لتخلف زمانه (٥) عن زمان الحكم الشرعي بالملك .

وسيأتي توضيح ذلك (٦) في البيع الفضولي إن شاء الله

---

(١) اى ولم يكن تحقق الملك في الأزمنة الثلاثة المذكورة هذا دفع وهم

حاصل الوهم أنه بناءً على تحقق الملك في الأزمنة الثلاثة لازمه القول بتبعيض مقتضى الايجاب ، حيث إن مقتضاه وقوع النقل من حين صدور الايجاب فيلزم وقوع بعض العقد في زمان ، وبعضه الآخر في زمان آخر .

فاجاب بأنه لايلزم التبعيض المذكور ، حيث عرفت أن الزمان منسلخ عن العقد ، وأن العقد عبارة عن نفس النقل فقط فهو يدل على طبيعة النقل مجردة عن الزمان ، فليس للزمان مدخلية في مقتضى العقد اصلا وابداً .

(٢) اى بثبوت الملك بعد الرضا .

(٣) اى قبل الرضا فثبت الكشف حينئذ .

(٤) اى المراد من ثبوت الملك هو الثبوت الشرعي .

(٥) اى زمان ثبوت الملك الشرعي عن زمان الحكم بالملك الشرعي ومن الواضح أن الحكم الشرعي بالملك هو مجيء الرضا ، لاعند صدور العقد.

فالحاصل أن ثبوت الملك الشرعي مع زمان الحكم الشرعي متلازمان ومتحدان في الوقت ، وليس فيهما تخلف أبداً .

(٦) اى توضيح أن ثبوت الملك الشرعي متحد مع زمان الحكم الشرعي

وإن شئت توضيح ماذكرنا (١) فلاحظ مقتضى فسخ العقد ، فإنه (٢) وإن كان حلاً للعقد السابق ، وجعله (٣) كأنْ لم يكن إلا أنه لاترتفع به (٤) الملكية السابقة على الفسخ ؛ لأن العبرة بزمان حدوثه (٥) ، لابزمان (٦) متعلقه .

ثم على القول بالكشف هل للطرف غير المكرَه أن يفسخ قبل رضا المكره ام لا (٧) ؟ يأتي بيانه في الفضولي إن شاء الله .

---

(١) وهو التلازم بين زمان ثبوت الملك الشرعي ، وبين زمان الحكم الشرعي .

(٢) اى فإن الفسخ .

(٣) اى وجعل فسخ العقد نسياً منسياً كأن لم يكن شيئاً مذكوراً .

(٤) اى بالفسخ .

(٥) اى حدوث الفسخ ، ومن الواضح أن زمان الحدوث متأخر عن زمان صدور العقد فلا يلزم ارتفاع الملكية السابقة على الفسخ إلا بالفسخ .

(٦) اى وليس الاعتبار بزمان متعلق الفسخ الذي هو العقد حتى يقال: إن زمان العقد متقدم على زمان الفسخ فلازمه ارتفاع الملكية السابقة على الفسخ قبل الفسخ .

(٧) لا كلام في جواز تصرف المكرَه فيما باعه مكرَهاً عليه في أي زمن من الأزمنة ، وفي أي مكان من الأمكنة قبل صدور الرضا منه ، من غير توقف على انشاء فسخ منه .

وإنما الكلام في تصرف الطرف الآخر فيما اعطاه للمكرَه مقابل ماأخذه منه مكرهاً .

فالأقوال هنا مختلفة يأتي البحث عنها إن شاء الله في البيع الفضولي مفصلاً .

(مسألة) : ومن شروط المتعاقدين اذن السيد لو كان العاقد عبداً فلا يجوز (١) للمملوك أن يوقع عقداً إلا باذن سيده ، سواء أ كان لنفسه (٢)

---

(١) المراد من عدم الجواز هنا معناه العام : وهو نفي المضي حتى يشمل الحكم التكليفي والوضعي معاً فيصدق حينئذ على المحرم أنه غير ماض شرعاً ، ويصدق على مالا يترتب عليه الاثر أنه غير ماض .

اذا عرفت ذلك فاعلم أنه لا كلام في عدم جواز مباشرة العبد استقلالاً في الامور الخطيرة المهمة كالتجارة ، والمسافرة ، وأنواع الاكتساب اللازم فيها عمل ، أو زمان معتد به .

فصدور هذه الامور من العبد بدون اذن مولاه وسيده لايجوز ايقاعها في الخارج مستقلاً

كما أنه لا كلام في عدم سلب الحكم الوضعي عن عبارات العبد وكلماته الصادرة منه بحيث لايفيدها اذن مولاه سابقاً ولاحقاً ، ولاتترتب الآثار عليها مع الاذن .

بل هي قابلة للتأثر بتاثير الاذن فيها .

وإنما البحث في اباحة الأفعال الجزئية الصادرة منه ، والتي تكون زائدة عن قدر الضرورة والحاجة كايقاع لفظ عقد وكالة عن زيد ، أومشي زائد عن مقدار الحاجة كالذهاب الى مكان نيابة عن زيد لتسليم سلعة أو امانة مثلاً هل هي جائزة ، أولا ؟ .

فالذي يستفاد من كلمات شيخنا الانصاري قدس سره على ماياتي في المقام عدم جواز تصرفاته الزائدة عن مقدار الحاجة ، وحرمة تلفظه بألفاظ العقد بالنيابة .

(٢) بأن اشترى شيئاً ، أوباع في ذمته .

في ذمته ، أو بما في يده (١) أم لغيره ، لعموم أدلة عدم استقلاله في اموره

قال (٢) الله تعالى : ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لايقدرُ على شيء (٣)

وعن الفقيه بسنده الى زرارة عن أبي جعفر وابي عبدالله عليهما السلام قالا :

المملوك لايجوز نكاحه ، ولاطلاقه إلا باذن سيده .

قلت : فإن كان السيد زوّجه بيد من الطلاق ؟

قال بيد السيد ضَرَبَ اللهُ مَثلاً عَبداً مملُوكاً لايقدرُ على شيء فشيء الطلاق (٤)

والظاهر من القدرة خصوصاً بقرينة الرواية (٥) هو الاستقلال اذ (٦) المحتاج الى غيره في فعل غير قادرٍ عليه فيعلم عدم استقلاله فيما يصدق عليه أنه شيء ، فكل ماصدر عنه من دون مدخلية المولى فهو شرعاً بمنزلة العدم لايترتب عليه الاثر المقصود منه ، لا (٧) أنه لايترتب عليه

(١) بأن اشترى شيئاً ، أوباع بما في يده .

(٢) من هنا اخذ الشيخ في اتيان الأدلة على عدم جواز تصرفات العبد بالاستقلال ، ومن دون اذن سيده ومولاه .

(٣) النحل : الآية ٧٥ .

(٤) (من لا يحضره الفقيه) الجزء ٣ . ص ٢٥ الباب ١٧٣ الحديث ٢ . طباعة مطبعة النجف ، الطبعة الرابعة :

(٥) وهي المروية عن زرارة عند قوله عليه السلام : إلا باذن سيده حيث إن هذه الجملة تدل على أن المراد من القدرة الواردة في الآية الكريمة هو الاستقلال في الامور بحيث لايحتاج الى الغير .

(٦) تعليل لكون المراد من القدرة الاستقلال .

(٧) اى وليس المراد من عدم ترتب الاثر على مايصدر من العبد هو عدم ترتب اثر حكم شرعي اصلا وأبداً على أفعاله الصادرة منه .

حكم شرعي اصلا .

كيف (١) وأفعال العبيد موضوعات لأحكام كثيرة كالأحرار

وكيف كان فإنشاءات العبد (٢) لايترتب عليه آثارها من دون اذن المولى .

أما مع الاذن السابق : فلا إشكال (٣)

وأما مع الاجازة اللاحقة فيحتمل عدم الوقوع (٤) ، لأن المنع فيه (٥) ليس من جهة العوضين

---

(١) تعليل لأنه ليس المراد من عدم ترتب الاثر على أفعال العبيد هو عدم ترتب أثر حكم شرعي عليها اصلا

خلاصته : أنه كيف يمكن القول بذلك مع أن أفعال العبيد كأفعال الأحرار : في كون إتلافاتهم موجبة للضمان .

وكذلك جناياتهم موجبة للضمان .

وكذلك الأحداث والطهارات الصادرة منهم موجبة للغسل ، والتوضؤ والتيمم ، وغير ذلك من دون فرق بين أفعالهم ، وأفعالهم

(٢) اى في الأشياء الخطيرة .

(٣) اى فلا إشكال في الإنشاءات الصادرة من العبد مع اذن سابق من سيده ، سواء أ كانت انشاءاته عقوداً امايقاعاتاً .

(٤) اى عدم وقوع إنشاءات الصادرة من العبد بدون اذن مولاه بعد لحوق الاجازة بها .

(٥) اى المنع عن وقوع الإنشاءات الصادرة عن العبد بدون اذن مولاه وإن لحقها الرضا ليس منجهة العوضين حتى يصحح الرضا العقد الصادر منه ، لأن العوضين ملك للغير ، لا للمولى ، فاجازته ليست دخيلة فيها .

الذين يتعلق بهما حق المجيز فله أن يرضى بما وقع على ماله من التصرف في السابق وأن لايرضى.

بل المنع (١) من جهة راجعة الى نفس الإنشاء الصادر ، وما صدر على وجه لايتغير منه بعده (٢)

وبتقرير آخر (٣) أن الاجازة إنما تتعلق بمضمون العقد وحاصله : اعني انتقال المال بعوض ، وهذا (٤) فيما نحن فيه ليس منوطاً برضا المولى قطعاً ، اذ (٥) المفروض أنه اجنبي عن العوضين ، وإنما له (٦) حق في كون

---

(١) اى سبب عدم وقوع الانشاءات الصادرة وعلته هو نفس الإنشاء الصادر من العبد على سبيل الاستقلال ، حيث إن هذا النحو من الإنشاء الصادر منه ليس قابلاً للتغير حتى يلحق به الرضا ، ويخرجه عماوقع وصدر

(٢) اى بعد صدور العقد منه مستقلاً كما عرفت .

(٣) خلاصة هذا التقرير : أن الاجازة الصادرة من المالك إنما تعلّقت بمضمون العقد الذي هو معنى الاسم المصدري والذي يسمى نتيجة العقد وهو النقل والانتقال ، لا بالمعنى المصدري الذي هو نفس الانشاء .

والمفروض أن اجازة المولى لاربط لها بمضمون العقد .

(٤) وهو النقل والانتقال الذي هو معنى الاسم المصدري لا يكون متوقفاً على رضا المولى ، لأنه اجنبي عن هذا الرضا،حيث عرفت أن العوضين ليسا ملكاً للمولى ، بل هما ملك للآخر وقد تصرف العبد فيهما .

(٥) تعليل لكون النقل والانتقال ليسا متوقفين على رضا المولى

وقد عرفت التعليل في الهامش ٥ . ص ١٣٥ عند قولنا : ليس من جهة العوضين .

(٦) اى وإنما للمولى حق .

إنشاء هذا المضمون قائماً بعبده فاذا وقع (١) على وجه يستقل به العبد فلحوق الاجازة لايخرجه (٢) عن الاستقلال الواقع عليه قطعاً .

إلا (٣) أن الأقوى هو لحوق اجازة المولى ، لعموم أدلة الوفاء بالعقود (٤) ، والمخصص (٥) إنما دل على عدم ترتب الاثر على عقد العبد من دون مدخلية المولى اصلا سابقاً ، ولاحقا ، لامدخلية اذنه السابق .

---

(١) اى العقد اذا وقع على وجه وهو الاستقلال .

(٢) اى لايخرج لحوق الاجازة العقد الواقع على وجه الاستقلال عن الاستقلالية .

(٣) من هنا يروم الشيخ أن يثبت أن الرضا اللاحق من المولى يصحح العقد الصادر من العبد على وجه الاستقلال .

(٤) حيث إن دليل ﴿اوفُوا بِالعُقُودِ﴾ له عموم أفرادي وزماني يشمل جميع العقود الصادرة في العالم حتى من العبيد وإن صدرت عنهم بالاستقلال ومن دون رضا المولى ، لكن بعد لحوق الرضا من سيدهم ومولاهم بما صدر عنهم .

(٥) دفع وهم .

حاصل الوهم : أن العموم هنا مخصص بعدم نفوذ العقود الصادرة من العبيد على وجه الاستقلال ، ومن دون اذن سيده ، فلا يصح حينئذ التمسك بالعام بعد التخصيص ، لأنه بناءً على ماهو التحقيق أن العام بعد ورود الخاص يتعنون بنقيض الخاص فيصير العام هكذا :

اوفوا بكل عقد إلا العقد الصادر من العبد بدون اذن مولاه .

فاجاب قدس سره عن الوهم : أن المخصص إنما دل على عدم نفوذ العقد وصحته الصادر من العبد على وجه الاستقلال ، ومن دون رضا سيده ، لاسابقاً ، ولا لاحقاً .

-

ولو شك (١) ايضاً وجب الاخذ بالعموم في مورد الشك .

وتؤيد ارادة الأعم (٢) من الاجازة الصحيحة (٣) السابقة

- وليس فيه دلالة على مدخلية الاذن السابق في صحة العقد الصادر من العبد على وجه الاستقلال حتى يكون الاذن اللاحق غير مفيد

ومن المعلوم أن مانحن فيه وهو العقد الصادر من العبد قد لحقه الرضا فوقع صحيحاً ، واثّر الاذن اللاحق في النفوذ والصحة فالعموم باق على عمومه فيؤخذ به .

(١) هذا إشكال آخر على عدم جواز الاخذ بعموم آية َاوفُوا بِالعُقُود .

وخلاصته : أنه بعد ورود التخصيص نشك في بقاء العام على عمومه فلا يصح الإخذ بالعموم ، والقول بصحة عقد العبد بعد لحوق الرضا

فاجاب الشيخ قدس سره : أنه يجب الاخذ بالعموم ايضا ولو شككنا في العموم ، لكون الشبهة مفهومية ، والمخصص منفصلاً ، لامتصلاً حتى لايصح الاخذ بالعام ، لعدم سراية اجمال الخاص المنفصل الى العام فلا ينثلم ظهور العام فيؤخذ به ، لأن الاخذ بالعموم هوالقدر المتيقن حينئذ .

(٢) اى الأعم من الاجازة السابقة واللاحقة .

(٣) بالرفع فاعل لكلمة ويؤيد ، وكلمة وارادة مفعول للفعل المذكور وهو يؤيد اى وتؤيد الصحيحة ارادة الأعم من الاجازة سواءً أكانت سابقة ام لاحقة .

والمراد من الصحيحة السابقة هي صحيحة زرارة المروية عن الامامين ابي جعفر وابي عبدالله عليهما السلام المشار اليها في ص١٣٢ فإن الاذن الواقع في قولهما عليهما السلام : -

فإن (١) جواز النكاح يكفيه لحوق الاجازة .

فالمراد بالاذن (٢)

- المملوك لايجوز نكاحه ، ولاطلاقه إلا باذن سيده أعم من السابق واللاحق ، ولا اختصاص له بالاذن السابق .

(١) بيان لكيفية تأبيد الصحيحة لكون المراد من الاذن هو الأعم من السابق واللاحق .

وحاصله : أنه لما ثبت في الخارج أن الاجازة اللاحقة تصحح نكاح العبد الواقع بدون اذن سيده ، لورود أخبار خاصة في ذلك : فنكشف من هذه الصحة أن المراد من الاذن الوارد في الصحيحة المذكورة هو الاعم من السابق واللاحق .

راجع حول الأخبار الواردة في المقام (وسائل الشيعة) الجزء ١٤ . ص ٥٢٣ الباب ٢٤ . الحديث ١ - ٢ . اليك نص الحديث الاول

عن زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال : سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده

فقال : ذاك الى سيده إن شاء اجازه ، وإن شاء فرّق بينهما .

قلت : اصلحك الله إن الحكم بن عبيدة ، وابراهيم النخعي ، وأصحابهما يقولون : إن اصل النكاح فاسد ، ولا تحل اجازة السيد له

فقال ابو جعفر عليه السلام : إنه لم يعص الله ، وإنما عصى سيده فاذا اجازه فهو له جائز .

وراجع (من لايحضره الفقيه) الجزء ٣ . ص ٢٨٣ . الباب ٦٣٦ الحديث ١ - ٢ مع اختلاف بين المصدرين في بعض الكلمات .

(٢) اي الاذن الوارد في قول الامامين عليهما السلام في الصحيحة المذكورة في ص ١٣٢

هو الأعم ، إلا (١) أنه خرج الطلاق بالدليل ، ولا (٢) يلزم تأخير البيان لأن (٣) الكلام المذكور مسوق لبيان نفي استقلال العبد في الطلاق بحيث لايحتاج الى رضا المولى اصلاً .

---

(١) استثناء عما افاده : من أن المراد من الاذن الوارد في الصحيحة المذكورة هو الأعم من السابق واللاحق .

وخلاصته : أن الطلاق خارج عن الاذن اللاحق فلا تفيده الاجازة اللاحقة لو وقع بدون اذن سيده ومولاه ، لورود دليل خاص على خروج الطلاق من الاذن اللاحق .

(٢) دفع وهم

حاصل الوهم : أنه بناءً على خروج الطلاق عن الاذن العام : وعدم تأثير الاجازة اللاحقة فيه ، لورود دليل خاص في ذلك كما هو المفروض يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة ، حيث إن الامام عليه السلام لم يبين في الصحيحة خروج الطلاق عن الاذن اللاحق عندما قال عليه السلام : المملوك لايجوز نكاحه ، ولاطلاقه .

(٣) جواب عن الوهم المذكور .

وخلاصته : أن الاذن الوارد في كلام الامام عليه السلام وإن كان المراد منه الأعم : من السابق واللاحق .

إلا أن الغرض المسوق له الكلام هو بيان نفي الاستقلال عن العبد في طلاقه بحيث لايحتاج الى رضا مولاه اصلا وابداً .

وليس الغرض بيان تفاصيل أحكام الطلاق حتى يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة بترك بعض تفاصيل الأحكام التي منها عدم تأثير الاجازة اللاحقة في الطلاق الواقع عن العبد استقلالاً .

بل ومع كراهة المولى كما يرشد اليه التعبير (١) عن السؤال بقوله : بيد من الطلاق ؟

ويؤيد المختار (٢) ، بل يدل عليه ماورد في صحة نكاح العبد الواقع بغير اذن المولى اذا اجازه ، معللا (٣) بأنه لم يعص الله تعالى وإنما عصى سيده فاذا اجاز جاز (٤) بتقريب (٥) أن الرواية تشمل مالو كان العبد هو العاقد على نفسه .

---

(١) اى يرشد التعبير في السؤال الى أن الغرض المسوق له الكلام هو نفي استقلال العبد في الطلاق في قوله عندما يسأل عن الامام عليه السلام: بيد من الطلاق ؟ لأن الظاهر من السؤال هو السؤال عن استقلال العبد في الطلاق .

(٢) وهو أن الرضا اللاحق يؤثر في عقد العبد بدون اذن مولاه .

(٣) اى الامام عليه السلام علل صحة جواز نكاح العبد بدون اذن مولاه بعد الاجازة بقوله : بأنه لم يعص الله ، فالتعليل هذا يدل على أن الرضا اللاحق يؤثر في نفوذ العقد ، فإن الذي لا يؤثر في العقد هو عصيان الله عز وجل ، لاعصيان المولى .

(٤) اى اذا اجاز المولى النكاح جاز النكاح اى صح ونفذ
راجع المصدر نفسه . ص ٢٨٣ الباب ١٣٥ . الحديث ١
ووسائل الشيعة الجزء ١٤ . ص ٥٢٣ . الباب ٢٤ الحديث ١ - ٢
وفي المصدرين اختلاف فراجع .

(٥) اى اذا كان عقد العبد في النكاح بغير اذن مولاه جائزاً فكذلك في البيع وغيره بالفحوى .

وحمله (١) على ما اذا عقد الغير له مناف (٢) لترك الاستفصال مع (٣) أن تعليل الصحة بأنه لم يعص الله تعالى الى آخره في قوة أن يقال: إنه اذا عصى الله بعقد كعقد على ماحرم الله تعالى على ما مثّل به الامام عليه السلام

---

(١) اى وحمل الحديث الوارد في صحة نكاح العبد الواقع بدون اذن مولاه .

دفع وهم

حاصل الوهم : أن الحديث المشار اليه في ص ١٣٩ الدال على صحة نكاح العبد بعد الاجازة وارد في رجل تزوج امرأة لعبد بدون اذن مولاه ، وليس له دخل في تزوج العبد لنفسه امرأة بدون اذن مولاه حتى تكون الاجازة مصححة له .

(٢) جواب من الشيخ عن التوهم المذكور :

حاصله ان هذا الحمل مناف لترك الامام عليه السلام الاستفصال بين عقد العبد لنفسه ، وبين عقد الغير للعبد ، فإنه لو كان الامر كذلك لكان اللازم على الامام عليه السلام بيان ذلك ، لأنه في مقام البيان

(٣) هذا جواب آخر عن عدم صحة الحمل المذكور .

وخلاصته أن تعليل الامام عليه السلام صحة نكاح العبد الواقع بدون اذن مولاه : بأنه لم يعص الله في اصل النكاح .

رداً على الحكم بن عيينة ، وابراهيم النخعي ، وأصحابهما القائلين بفساد اصل النكاح كما عرفت في الحديث المشار اليه في ص ١٣٩ في قوة أن يقال :

إن العبد إذا عصى الله في عقد كالعقد على ما حرم الله تعالى كما -

في روايات اخرى (١) واردة في هذه المسألة كان العقد باطلاً ، لعدم (٢) تصور رضا الله تعالى بما سبق من معصيته .

أما اذا لم يعص الله وعصى سيده أمكن رضا سيده فيما بعد (٣) بما لم يرض به سابقاً فاذا رضي به واجاز صح.

فيكون الحاصل: أن (٤) معيار الصحة في معاملة العبد بعد كون المعاملة في نفسها مما لم ينه عنـه الشارع هو رضا سيده بوقوعه سابقاً أولاحقا

- مثل الامام عليه السلام للعقد على ماحرم الله بقوله : (إن ذلك ليس كاتيان ماحرم الله عليه : من نكاح في عدة ، وأشباهه) .

كان مثل هـذا العقد الذي عُصي فيه الله باطلاً ، لأنه لايتصور رضا الله تبارك وتعالى عن معصية .

ومن المعلوم أن العبد فيما نحن فيه عصى سيده فقط في عدم استجازته في العقد ، لا أنه عصى خالقه حتى لايصح عقده ، لعدم تصور الرضا من الله في المعصية .

راجع حول مثال الامام عليه السلام للعقد المحرم (وسائل الشيعة) الجزء ١٤ . ص ٥٢٣ . الباب ٢٤ ص ٥٠ . الحديث٢ .

(١) اشرنا الى هـذه الرواية التي فيها تمثيـل الامام عليه السلام في الهامش ٣ ص ١٤٠ - ١٤١

(٢) تعليل لعدم عصيان العصيان العبد خالقـه تعالى حتى لايفيده رضاه ، وقد عرفت التعليل عند قولنا : لا أنه عصى خالقه حتى لايصح عقـده .

(٣) اى بعد وقوع العقد منه .

(٤) اى خلاصة الكلام في عقد العبد اذا وقع مستقلاً ، وبدون اذن سيده .

وأنه اذا عصى سيده بمعاملة ثم رضي السيد بها صح ، وأن ماقاله المخالف : (١) من أن معصية السيد لايزول حكمها برضاه بعده ، وأنه لاينفع الرضا اللاحق كما نقله السائل (٢) عن طائفة من العامة (٣) غير صحيح

فافهم (٤) واغتنم

ومن ذلك (٥) يعرف أن استشهاد بعض (٦) بهذه الروايات (٧)

---

(١) وهو الحكم بن عبيدة ، وابراهيم النخعي،وأصحابهما المشار اليهم في الهامش ١ ص ١٣٧ في قولهم : إن اصل النكاح فاسد .

(٢) وهو زرارة رضوان الله تبارك وتعالى عليه عند قوله : اصلحك الله المشار اليه في الهامش ١ ص ١٣٧ يأتي شرح حياته في أعلام المكاسب .

(٣) وهم الحكم بن عبيدة ، وابراهيم النخعي ، وأصحابهما .

(٤) اشارة الى دقة الموضوع وصعوبته جداً ، حيث إن المخالفين لم يفرقوا بين معصية الله ، وبين معصية السيد ، وحكموا ببطلان نكاح العبد لو أوقعه مستقلاً وبدون اذن مولاه ، وأن الاجازة اللاحقة لا تفيده لأنه عصى الله ، وأن الامام عليه السلام كيف ردهم على زعمهم الباطل وقال : إن العبد عصى سيده ، لاخالقه حتى لاتفيد الاجازة اللاحقة .

وقد ذكرنا بيان الامام عليه السلام وتمثيله في الهامش ٣ ص ١٤٠ - ١٤١

(٥) اى ومن أن الملاك في صحة عقد العبد الواقع بدون اذن سيده لاغير : بحيث لو لم يكن رضا اصلاً بطل العقد .

(٦) المراد من البعض هو الشيخ صاحب الجواهر قدس سره

(٧) وهي التي اشرنا اليها في ص ١٣٢

اليك ماقاله صاحب الجواهر :

إن القول بالصحة وإن لم يأذن المولى ، بل مع نهيه لايخلو عن قوة -

على صحة عقد العبد وإن لم يسبقه اذن ولم يلحقه اجازة ، بل ومع سبق النهي ايضا ، لأن (١) غاية الامر هو عصيان العبد واثمه في ايقاع العقد ، والتصرف في لسانه الذى هو ملك للمولى ، لـكن النهي مطلقـا لايوجب الفساد (٢) خصوصاً النهي الناشيء عن معصية السيد كما يؤمي اليه هذه الأخبار الدالة على أن معصية السـيد لاتقدح بصحة العقد في غير (٣) محله .

بل الروايات (٤) ناطقة كما عرفت بأن الصحة من جهة ارتفاع كراهة المولى (٥) ، وتبدله بالرضا بما فعله العبد

وليست (٦) كراهة الله عز وجل بحيث يستحيل رضاه

- وإن اثم العبد بايقاعها ، لأنها من منافعها المملوكة للسيد ، إلا أن الحرمة لاتنافي الصحة هنا ، اذ لاريب في اثمه بايقاع نفس العقد الذى هو تصرف في لسان العبد المملوك للسيد بالنسبة الى ذلك

راجع (الجواهر) الطبعة الجديدة . الجزء ٢٢ . ص ٢٧١

(١) تعليـــل من صاحب الجواهر على صحة عقد العبد وإن نهاه المولى عن ذلك ، وقد نقله الشيخ عنه هنا بالمعنى

انظر عبارته التي نقلناها عن الجواهر هنا .

(٢) اى فساد المعاملة الصادرة من العبد

(٣) الجار والمجرور في محل الرفع خبر لأن في قوله : ومن ذلك يعرف أن استشهاد بعض

(٤) وهي المشار اليها في ص ١٣٢

(٥) اذ لولا ارتفاع كراهة المولى لـكانت عقود العبد باقية على عدم نفوذ الصحة فيها .

(٦) اى وليست كراهة المولى كراهة الله

بعدذلك (١) بوقوعه السابق فكأنه قال : (٢) لم يعص الله حتى يستحيل تعقبه للاجازة والرضا ، وإنما عصى سيده فاذا اجاز (٣) جاز فقد علق (٤) الجواز صريحاً على الاجازة

ودعوى أن تعليق الصحة (٥) على الاجازة من جهة مضمون العقد وهو التزويج المحتاج الى اجازة السيد اجماعاً ، لانفس إنشاء العقد حتى لو لو فرضناه (٦) للغير يكون محتاجاً الى اجازة مولى العاقد

مدفوعة (٧) بأن المنساق من الرواية إعطاء قاعدة كلية

---

(١) اى بعد وقوع المعصية من العبد بايقاعه العقود مستقلاً بدون اذن مولاه

(٢) اى الامام عليه السلام

(٣) اى مولى العبد العقد الصادر من عبده بدون اذنه

(٤) اى الإمام عليه السلام

(٥) اى تعليق صحة عقد العبد الواقع منه بدون رضا مولاه على اجازة سيده في قول الامام عليه السلام : فاذا اجازه جاز لأجل مضمون العقد الذي هو معنى الاسم المصدري ، والذي يسمى بنتيجة العقد وهو التزويج فإن هذا المضمون محتاج الى الاجازة ، لأنه متعلق بمولاه

وليس التعليق لاجل نفس انشاء العقد كي يقال بتوقف صحة العقد الصادر من العبد وإن كان للغير على الاجازة ايضاً،لأن العقد الصادر من العبد للغير غير محتاج للاجازة ، لعدم كون مضمونه للمولى .

(٦) اى حتى ولو فرضنا إنشاء العقد صادراً من العبد للغير

وقد عرفت معناه عند قولنا : وليس التعليق لاجل نفس إنشاء العقد

(٧) اى الدعوى المذكورة مدفوعة ، والباء في بأن بيان لكيفية الدفع -

بأن (١) رضا المولى بفعل العبد بعد وقوعه يكفي في كل مايتوقف على مراجعة السيد وكان فعله من دون مراجعته ، أومع النهي عنه معصية له .

والمفروض أن نفس العقد من هذا القبيل (٢)

ثم (٣) إن ماذكره : من عصيان العبد بتصرفه في لسانه ، وأنه (٤)

- هذا جواب من الشيخ عن الدعوى المذكورة

وخلاصته : أن الرواية الواردة في نكاح العبد المشار اليها في الهامش ٤ ص ١٣٢ صيغت لإعطاء قاعدة كلية من الامام عليه السلام لتنطبق على صغرياتها وأفرادها

وتلك القاعدة : هي أن كل فعل يصدر من العبد مستقلاً ، ومن دون مراجعة الى سيده يعد معصية يحتاج الى رضاه في نفوذه وصحته ، ويتوقف على اجازته ، لأن امره بيده

والمفروض أن نفس العقد وانشاءه الصادر منه للغير معصية ، لأنه صدر من دون مراجعته واذنه فيحتاج الى الاجازة

فالاجازة إنما تعلقت بنفس العقد المنشأ الذي هو المعنى المصدري لا أنها تعلقت بمضمون العقد الذي هو معنى الاسم المصدرى ، والمسمى بنتيجة العقد

(١) الباء بيان للقاعدة الكلية وقد عرفتها عند قولنا : هي أن كل فعل يصدر .

(٢) اى معصية وصادر من دون مراجعته واذنه .

(٣) عود على بدء .

من هنا يروم الشيخ أن يناقش صاحب الجواهر فيما افاده في ص ١٤٢ : من أن العبد وإن اثم بايقاعها ، لأنه تصرف في لسانه الذي هو ملك لسيده ومن أن هذا التصرف لايقتضي فساد العقد .

(٤) اى التصرف كما عرفت آنفاً .

لايقتضي الفساد يشعر (١) بزعم أن المستند في بطلان عقد العبد لغيره هو حرمة تلفظه بألفاظ العقد من دون رضا المولى .

وفيه (٢) اولاً منع حرمة هذه التصرفات الجزئية ، للسيرة المستمرة على مكالمة العبيد ، ونحو ذلك من المشاغل الجزئية .

وثانياً بداهة أن الحرمة (٣) في مثل هذه لاتوجب الفساد (٤) فلا يظن استناد العلماء في الفساد (٥) الى الحرمة .

وثالثا أن الاستشهاد (٦) بالرواية لعدم كون معصية السيد بالتكلم بألفاظ العقد ، والتصرف في لسانه قادحاً في صحة العقد غير صحيح لأن مقتضاه (٧) أن التكلم إن كان معصية لله تعالى يكون مفسداً (٨)

---

(١) هذا وجه المناقشة .

(٢) اى وفيما افاده صاحب الجواهر : من أن مستند بطلان عقد العبد هو حرمة تلفظه بألفاظ العقد من دون رضاه نظر وإشكال .

وقد اورد الشيخ على مقالة الشيخ صاحب الجواهر بقوله : أولاً وثانياً وثالثاً ، وقد ذكرها في المتن فلا نعيدها .

(٣) اى الحرمة التكليفية في مثل هذه التصرفات الجزئية لاتوجب فساد العقد الذي هو الحرمة الوضعية ؛ فلا يظن أن يكون استناد العلماء في الحرمة الوضعية هي الحرمة التكليفية وهي التصرف في اللسان .

(٤) اى فساد المعاملة الذي هو الحرمة الوضعية كما عرفت .

(٥) وهو فساد المعاملة كما عرفت .

(٦) اى استشهاد صاحب الجواهر بالرواية المشار اليها في الهامش ١ ص ١٣٧

(٧) اى مقتضى هذا الإستشهاد.

(٨) اى مفسداً للمعاملة .

مع أنه لايقول به (١) احد ، فإن (٢) حرمة العقد من حيث إنه تحريك اللسان كما في الصلاة والقراءة المضيقة ، ونحوهما لايوجب فساد العقد اجماعاً فالتحقيق أن المستند في الفساد (٣)

---

(١) اى بفساد المعاملة بسبب التكلم بألفاظ العقد اذا كان التكلم معصية .

(٢) تعليل لعدم كون التكلم بألفاظ العقد اذا كان التكلم معصية مفسداً للمعاملة .

وخلاصته : أنه لو كان مجرد تحريك اللسان معصية وموجباً لفساد المعاملة لكان إجراء صيغة العقد في حالة الصلاة موجباً لفساد المعاملة مع أن احداً لايقول بفساد المعاملة لو اجريت صيغة العقد في تلك الحالة وإن كان إجراء الصيغة موجباً لفساد الصلاة ، وأنه حرام

وكذا القراءة المضيقة من حيث وقتها ، فإن إجراء الصيغة في القراءة لم يكن موجباً لفساد المعاملة .

خذ لذلك مثالاً .

استأجر شخص شخصاً لقراءة أربعة أجزاء من القرآن الكريم خلال ساعتين من الساعة العاشرة صباحاً الى الساعة الثانية عشر صباحاً فجرى العقد بين الاجير والمستأجر فجاء رجل في أثناء القراءة في الساعة المعينة عند الاجير فوكله في اجراء صيغة النكاح ، أو الطلاق مثلاً فاجراها فالعقد لايصير موجباً لفساد النكاح ، أوالطلاق في عدم وقوعها ، وإن كان الإجراء في وقت القراءة حراماً ، لكونه تصرفاً في الوقت المستأجَر

لكن الحرمة التكليفية لاتكون موجبة للحرمة الوضعية .

(٣) اى في فساد العقد والمعاملة .

هو الآية المتقدمة (١) ، والروايات (٢) الواردة في عدم جواز امر العبد ومضيه مستقلا ، وأنه (٣) ليس له من الامر شيء .

(فرع) : لوأمر العبد آمر أن يشتري نفسه من مولاه فباعه مولاه صح ولزم ، بناءً على كفاية رضا المولى الحاصل من تعريضه (٤) للبيع من اذنه الصريح ، بل يمكن جعل نفس الايجاب موجباً للاذن الضمني ولا يقدح عدم قابلية المشتري (٥) للقبول في زمان الايجاب ، لأن هذا الشرط (٦) ليس على حدّ غيره من الشروط المعتبرة في كل من المتعاقدين من اول الايجاب الى آخر القبول .

بل هو (٧) نظير اذن مالك الثمن في الاشتراء ، حيث يكفي تحققه بعد الايجاب ، وقبل القبول الذي بنى المشتري على انشائه فضولاً .

---

(١) وهو قوله تعالى : ﴿ضَرَبَ اللهُ مَثَلاً عَبداً مملوكاً لا يَقدِرُ عَلى شَيءٍ﴾ .

(٢) وهي المشار اليها في ص ١٣٢ ، وفي الهامش ١ ص ١٣٧

(٣) اى العبد

(٤) اى تعريض المولى العبد للبيع كاف من إعطائه الاذن الصريح في بيع نفسه .

(٥) وهو العبد ، حيث يشتري نفسه من مولاه ، فإنه حين الشراء لم يكن حراً

(٦) وهي قابلية المشتري للقبول في زمن الايجاب من بداية وقوعه الى نهايته ليست معتبرة كبقية الشروط المعتبرة في العقد ، من حيث المتعاقدين والعوضين ، حيث إنها معتبرة بدواً ونهاية

(٧) اى شرط قابلية المشتري للقبول في زمن الايجاب نظير اذن -

وحن القاضي البطلان في المسألة (١) ، مستدلاً عليه (٢) باتحاد عبارته مع عبارة السيد فيتحد الموجب والقابل .

وفيه (٣) مع اقتضائه المنع لو اذن له السيد سابقاً (٤)

- مالك الثمن في الإشتراء الصادر منه بعد ايجاب البايع ، وقبل قبول المشتري الباني على إنشاء القبول فضولاً .

فكما يكفي في تحقق هذا المقدار من الاذن ، ولا يحتاج تحققه من بداية تحقق الايجاب .

كذلك يكفي تحقق قابلية المشتري للقبول في العبد بعد زمن الايجاب الصادر من المولى ، ولا يشترط تحققه من بداية وقوع الايجاب .

(١) اى في مسألة امر الآمر العبد في شراء نفسه من مولاه .

(٢) اى على البطلان بسبب اتحاد عبارة العبد مع عبارة مولاه حيث إنه ملك . فالقبول الصادر منه صادر عن مولاه فيكون المولى موجباً وقابلاً فيتحد الايجاب والقبول .

(٣) اى وفيما افاده القاضي من اتحاد الموجب والقابل نظر وإشكال من جهات ثلاث استفدناها من عبارة الشيخ وهي كما يلي :

(الاولى) : لازم هذا القول منع العبد عن شراء نفسه من مولاه لو اذن له سابقاً في ذلك ، لعين الملاك الموجود في الصورة السابقة: وهو اتحاد الموجب والقابل .

(الثانية) : إننا نمنع الاتحاد ، لأن المولى باعتبار أنه بايع يكون موجباً والعبد باعتبار أنه مشترٍ يكون قابلاً فتحققت الاثنينية فلا يلزم الاتحاد

(الثالثة) : أن اتحاد الموجب والقابل غير قادح في المقام .

(٤) هذه هي الجهة الاولى وقد اشرنا اليها .

منع (١) الاتحاد أولاً ، ومنع (٢) قدحه ثانياً .

هذا (٣) اذا امره الآمر بالإشتراء من مولاه

فإن امره بالإشتراء من وكيل المولى فعن جماعة منهم المحقق والشهيد الثانيان أنه لايصح ، لعدم الاذن من المولى .

وربما قيل (٤) بالجواز حينئـــذ ايضاً ، بناءً على ماسبق منه (٥) من أن المنع لاجل النهي وهو لايستلزم الفساد .

وفيه (٦) ماعرفت:من أن وجه المنع هو أدلة عدم استقلال العبد في شيء لامنعه عن التصرف في لسانه ، فراجع ماتقدم (٧) والله اعلم .

(مسألة):ومن شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين ، أو ماذونين من المالك ، أوالشارع (٨) فعقدالفضولي لايصح ، اي لايترتب عليه مايترتب

---

(١) هذه هي الجهة الثانية وقد اشرنا اليها .

(٢) هذه هي الجهة الثالثة وقد اشرنا اليها .

(٣) اى القول بصحة شراء العبد نفسه من مولاه لو أمره آمر .

(٤) القائل هو صاحب الجواهر قدس سره

(٥) اى من القيـــل في ص ١٤٢ عند قوله : لكن النهي مطلقا لايوجب الفساد .

(٦) اى وفيما افاده صاحب الجواهر قدس سره نظر وإشكال .
وقد ذكر الشيخ وجه النظر فلا نعيده .

(٧) اى عند قوله في ص١٤٦: وفيه اولاً منع حرمة هذه التصرفات وثانياً بداهة أن الحرمة .

(٨) كالأولياء الشرعيين : من الاب والجد ، والحاكم ، وعدول المؤمنين

على عقد غيره (١) من اللزوم .

وهذا (٢) مراد من جعل الملك ، ومافي حكمه (٣) شرطاً ثم فرع (٤) عليه : بأن بيع الفضولي موقوف على الاجازة كما في القواعد .

فاعتراض (٥) جامع المقاصد عليه : بأن التفريع في غير محله

---

(١) اى غير عقد الفضولي من اللزوم الذي هو النقل والانتقال حتى يتمكن الآخر من التصرف فيما نقل اليه من الفضولي : من البيع والشراء به والهبة ، والوقف ، وغيرهما مما يترتب على غير عقد الفضولي .

(٢) وهو كون المتعاقدين مالكين ، أو مأذونين من المالك ، أو من الشارع .

خلاصة هذا الكلام أن من جعل الملك ، أو الاذن من المالك أو الشارع شرطاً في صحة العقد كالعلامة قدس الله روحه : مراده أن يكون المتعاقدان مالكين ، أومأذونين من المالك ، أوالشارع ، ثم فرّع على هذا الشرط توقف عقد الفضولي على الاجازة ، لعدم تملك الفضولي المبيع ، أو الثمن اذا كان المبيع ، أو الشراء فضولياً

(٣) وهو الاذن من المالك ، أو الشارع كما عرفت آنفاً .

(٤) اى العلامة بعد هذا الاشتراط الذي ذكرناه لك فرّع عليه توقف بيع الفضولي على الاجازة ، لعدم تملكه للمبيع ، أو الثمن .

(٥) الفاء تفريع على ما افاده : من أن المتعاقدين لابد أن يكونا مالكين هو مراد من جعل الملك ، أوالاذن من المالك ، أوالشارع شرطاً في صحة عقد الفضولي ، وفرّع عليه توقف صحة عقد الفضولي على الاجازة كالعلامة .

وخلاصته : أن المحقق الكركي اعترض على العلامة في تفريعه على الشرط المذكور توقف عقد الفضولي على الاجازة . =

لعله (١) في غير محله .

وكيف كان فالمهم التعرض لمسألة عقد الفضولي التي هي من أهم المسائل (٢)

(فنقول) : اختلف الاصحاب وغيرهم في بيع الفضولي ، بل مطلق عقده (٣)

= وقال : إن التفريع المذكور في غير محله ، لأن المتبادر من الشرط المذكور هو بطلان عقد الفضولي ، لكون الفضولي فاقداً للشرط المذكور حيث لايكون مالكاً ، ولا مأذوناً من المالك ، أو الشارع .

ولا فرق بين أن يكون الشرط المذكور شرطاً في الصحة ، أوشرطاً في اللزوم .

(١) اى اعتراض المحقق الكركي على العلامة في غير محله ، لأن مراد العلامة من الشرط المذكور الشرطية في الصحة الفعلية : بمعنى أن صحة عقد الفضولي كصحة عقد المالك فيما يترتب عليه فعلاً

فكل مايترتب على عقد المالك فعلاً يترتب على عقد الفضولي فعلاً في اصل التأثير .

لكن اللزوم في الفضولي موقوف على الاجازة ، فقبلها لايقع صحيحاً اى لايترتب اللزوم عليه فعلاً .

كما كان يترتب اللزوم على عقد المالك فعلاً .

فتفريع العلامة قدس سره الفضولي على الشرط المذكور في محله وأنه جيد جداً .

(٢) اى من أهم المسائل الفقهية التي وقعت معركة الآراء بين الفقهاء : من الشيعة والسنة من شتى جوانبه

(٣) اى بل مطلق عقد الفضولي : من الاجارة والوكالة والحوالة والمزارعة والمساقاة والمضاربة وغيرها من بقية العقود.

بعد اتفاقهم على بطلان ايقاعه كما في غاية المراد : على أقوال (١)

والمراد بالفضولي كما ذكره الشهيد هو الكامل (٢) غير المالك للتصرف ولو كان غاصباً .

---

(١) الجار والمجرور متعلق بقوله : اختلف الأصحاب والأقوال خمسة اليك خلاصتها :

(الاول) : بطلان عقد الفضولي مطلقا ، سواءٌ أكان في البيع ام في الشراء ام في النكاح ام في غيرها من العقود كما ذهب اليه الشيخ في المبسوط والخلاف .

(الثاني) : توقفه على الاجازة مطلقا : في البيع والنكاح، وغيرهما ذهب اليه الشيخ المفيد ، والسيد المرتضى

(الثالث) : صحته في البيع بتوقفه على الاجازة ، وبطلانه في الشراء .

(الرابع) : بطلانه في البيع ، وصحته في النكاح ذهب اليه ابن ادريس .

(الخامس) : بطلانه في النكاح في غير البكر الرشيدة .

(٢) من حيث البلوغ والعقل ، والاختيار والحرية ومن حيث شرائط العوضين .

مقصود الشهيد الثاني قدس سره إعطاء درس وهو التعميم في مفهوم الفضولي : وهو أن الفضولي عبارة عمن ليس له حق التصرف في العين وإن كان مالكاً لها كالراهن ، فإنه مالك للوثيقة ، لكن غير مأذون في التصرف فيها ، لتعلق حق المرتهن في العين . =

وفي كلام بعض العامة أنه (١) العاقد بلا اذن من يحتاج الى اذنه

وقد يوصف به (٢) نفس العقد

ولعله (٣) تسامح

وكيف، كان فيشمل (٤) العقد الصادر من البكر الرشيدة بدون اذن الولي ، ومن المالك (٥) اذا لم يملك التصرف ، لتعلق حق الغير

= وكذا السفيه ، فإنه مالك للعين ، لكنه ممنوع التصرف فيها ، لتعلق سلطنة الولي بها .

وكذا المفلس ، فإنه مالك ، لكنه ممنوع التصرف فيها ، لتعلق حق الغرماء بها .

(١) اى الفضولي يطلق على من كان عاقداً بلا اذن من يحتاج الى اذنه كالمالك ، والشارع .

(٢) اى نفس العقد قد توصف بالفضولي فيقال : عقد الفضولي لا العاقد الفضولي .

(٣) اى ولعل هذا الوصف مسامحة .

وجه المسامحة : أنه لامعنى لاتصاف العقد بالفضولي ، لأنه ليس ملكاً لاحد حتى يتصف بالفضولي ، بل المتصف به هو العاقد .

(٤) اى عقد الفضولي الذي ذكره الشهيد الاول يشمل العقد الصادر من البكر الرشيدة ، بناءً على عدم ولاية لها في تزويج نفسها في عرض ولاية أبيها .

(٥) اى وكذا عقد الفضولي يشمل العقد الصادر من المالك الذي لايملك التصرف في ملكه كالراهن ، والمفلس ، والمحجور عليه

وقد ذكرناهم في الهامش ٢ ص ١٥٣

بالمال كما يومي اليه (١) استدلالهم لفساد الفضولي بما دل على المنع من نكاح البكر الرشيدة بغير اذن وليها

وحينئذ (٢) فيشمل بيع الراهن والسفيه ، ونحوهما (٣) وبيع (٤) العبد بدون اذن السيد .

وكيف كان فالظاهر شموله (٥) لما اذا تحقق رضا المالك للتصرف باطناً ، وطيب نفسه بالعقد من دون حصول اذن منه صريحاً ، أوفحوى (٦) لأن العاقد (٧) لايصير مالكاً للتصرف ومُسلّطا عليه بمجرد علمه برضا المالك

---

(١) اى الى هذا الشمول يشير استدلال الفقهاء لفساد عقد الفضولي سواء أكان في البيع ام في غيره : بالأخبار الواردة في منع نكاح البكر الرشيدة بغير اذن وليها اذا كان موجوداً .

راجع (وسائل الشيعة) الجزء ١٤ . ص ٢١٣ - ٢١٦ . الباب ٤ الأحاديث . اليك نص الحديث الثاني .

عن أبي عبدالله عليه السلام قال : الجارية البكر التي لها اب لاتتزوج إلا باذن أبيها .

(٢) اى وحين شمول عقد الفضولي للعقدين المذكورين في الهامش ٤-٥ ص ١٥٤ بواسطة استدلال الفقهاء بالأحاديث المذكورة .

(٣) كالمفلس ، والمحجور عليه .

(٤) بالنصب عطفاً على قوله : فيشمل بيع الراهن اى ما افاده الشهيد في الفضولي يشمل بيع العبد مال نفسه بدون اذن سيده .

(٥) اى عقد الفضولي .

(٦) أو بشاهد الحال .

(٧) تعليل لشمول عقد الفضولي للعقد الذي تحقق فيه رضا المالك للتصرف باطناً .

ويؤيده (١) اشتراطهم في لزوم العقد كون العاقد مالكا ، أومأذوناً أو ولياً ، وفرعوا (٢) عليه بيع الفضولي .

ويؤيده (٣) ايضاً استدلالهم على صحة الفضولي بحديث عروة البارقي مع ان الظاهر علمه (٤) برضا النبي صلى الله عليه وآله وسلم بما يفعله .

وإن (٥) كان الذي يقوى في النفس لولا خروجه عن ظاهر الأصحاب عدم توقفه على الاجازة اللاحقة .

---

(١) اى ويؤيد شمول عقد الفضولي للعقد الذي تحقق فيه رضا المالك للتصرف باطناً ، وطيب النفس بالعقد من دون حصول اذن من المالك صريحا ، أو فحوىً : اشتراط الفقهاء .

(٢) اى وفرّع الفقهاء على هذا الاشتراط بيع الفضولي .

والتفريع دليل على شمول عقد الفضولي لما اذا تحقق رضا المالك .

وأما وجه التأييد فهو أن مقتضى اطلاق التفريع المذكور على الشرط المزبور اندراج كل عقد انتفى فبه الشرط المذكور تحت بيع الفضولي سواءً أكان مقروناً بالرضا الباطني للمالك ام لا

(٣) اى ويؤيد شمول عقد الفضولي للعقد الذي تحقق فيه رضا المالك للنصرف باطناً ، وطيب نفسه بالعقد من دون حصول اذن منه صريحاً أو فحوى : استدلال الفقهاء على صحة عقد الفضولي بحديث عروة البارقي الآتي شرحه .

(٤) اى مع علم عروة البارقي بأن الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله وسلم راض بما يفعله : من شراء شاتين ، وبيع احدهما ، واتيان الآخر للرسول صلى الله عليه وآله وسلم .

(٥) من هنا يروم الشيخ إبداء نظره حول العقد الذي تحقق فيه -

بل يكفي فيه رضا المالك المقرون بالعقد ، سواء علم به (١) العاقد أوانكشف بعد العقد حصوله حينه ، أولم ينكشف اصلاً فيجب على المالك فيما بينه وبين الله تعالى إمضاء مارضي به ويرتب الآثار عليه (١) لعموم (٢) وجوب الوفاء بالعقود

وقوله (٣) تعالى : إلا أن تكون تجارةً عن تراضٍ

ـ رضا المالك باطناً ، وطيب نفسه بالعقد وإن لم يحصل فيه اذن صريحاً أو فحوى ، أو بشاهد حال :

فافاد أن مجرد رضا المالك المقرون بالعقد ، سواءً علم به العاقد ام لا انكشف له بعد العقد ، ام لم ينكشف له اصلا : كافٍ في صحة العقد من دون احتياجه الى الإجازة اللاحقة لولا خروج هذا الفرد عن ظاهر الأصحاب ، فإن الأعلام من فقهاء الامامية ذهبوا الى احتياج هذا الفرد ايضا الى الاجازة .

(١) اى ويرتب المالك على رضاه الآثار التي هي النقل والانتقال.

(٢) من هنا اخذ الشيخ في الاستدلال على مدعاه : وهي كفاية مجرد تحقق رضا المالك للتصرف باطناً ، وطيب نفسه بالعقد ولو لم يحصل منه اذن صريحاً، أوفحوى في العقد الصادر فضولاً بآية اَوفُوا بِالعُقُودِ

فآية اَوفُوا بِالعُقُودِ اولى دليل على مدعاه .

كيفية الاستدلال : أن جميع الشرائط المعتبرة في العقد : من المتعاقدين والعوضين موجودة في مثل هذا العقد ، سوى الاجازة الصريحة ،أوفحوى من المالك .

والمفروض وجود الرضا القلبي ، وطيب النفس فيه فيكون فرداً من أفراد العقود الصحيحة الممضاة شرعاً فتشمله الآية الكريمة

(٣) هذه ثانية الأدلة القائمة من الشيخ على مدعاه: بتقريب أن العقد ـ

ولايحل (١) مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفسه .

وما دل (٢) على علم المولى بنكاح العبد وسكوته اقرار منه

ـ الصادر بالكيفية المخصوصة فرد من أفراد التجارة عن تراض فتشمله الآية الكريمة .

(١) هذه ثالثة الأدلة القائمة من الشيخ على مدعاه ببيان أن العقد الصادر بالكيفية المخصوصة موجود فيه طيب النفس فيحل للمسلم أن يتصرف في مال اخيه المسلم فيشمله الحديث الشريف .

وقد اشرنا الى مصدر الحديث في الجزء ٦ من المكاسب من طبعتنا الحديثة . ص ١٤٦-١٨٠ فراجع

(٢) هذه رابعة الأدلة التي اقامها الشيخ على مدعاه

خلاصتها : أن المولى لو علم أن عبده تزوج من دون اذن منه فسكت ولم يتكلم بشيء : من منعه ، أو ردعه ، أو فسخ عقده فسكوته اقرار منه بامضاء عقده من دون احتياج العقد الى اجازة لاحقة حتى ينفذ العقد

راجع حول الأحاديث الواردة في أن علم المولى بنكاح العبد ، وسكوته عنه اقرار منه: المصدر نفسه . ص ٥٢٥ . الباب ٢٦ . الأحاديث .

اليك نص الحديث الاول

عن معاوية بن الحكم قال : جاء رجل الى (ابي عبدالله) عليه السلام فقال : إني كنت مملوكاً لقوم ، وإني تزوجت امرأة حرة بغير اذن مواليّ ثم اعتقوني بعد ذلك فاجدد نكاحي اياها حين اُعتقتُ ؟

فقال له : أكانوا علموا أنك تزوجت امرأة وانت مملوك لهم ؟

فقال : نعم وسكتوا عني ولم يغيروا عليّ

قال : فقال : سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم ، اثبت على نكاحك الاول .

ورواية (١) عروة البارقي الآنيـة ، حيث اقبض المبيـع وقبض الدينار ، لعلمه برضا النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، ولو كان فضولياً موقوفا على الاجازة لم يجز التصرف في المعوض والعوض بالقبض والإقباض

وتقرير النبي صلى الله عليه وآله وسلم له على مافعل دليل على جوازه

هذا مع أن كلمات الأصحاب في بعض المقامات يظهر منهاخروج هذا الفرض (٢) عن الفضولي ، وعدم وقوفه على الاجازة مثل قولهم في الاستدلال على الصحة : ان الشرائط كلها حاصلة (٣) الا رضا المالك

وقولهم: إن الاجازة لايكفي فيها السكوت ، لأنه أعم من الرضا (٤) ونحو ذلك

---

(١) هذه خامسة الأدلة التي اقامها الشيخ على مدعاه

وخلاصتها أن عروة البارقي كان عالماً برضا النبي صلى الله عليـه وآله وسلم بما يفعله ، ولذا بعد أن اشترى بالدينار الذي اعطاه الرسول صلى الله عليه وآله وسلم شاتين باع احداهما واقبضها للمشتري وقبض منه ديناراً ثم رد الدينار والشاة الاخرى الى الرسول الأعظم صلى الله عليـه وآله وسلم ، اذ لو كان الرضا القلبي السابق من الرسول الاعظم صلى الله عليه وآله وسلم الذي علمه عروة البارقي غير كاف في نفوذ العقد وصحته وأنه متوقف على الاجازة كيف أقبض عروة الشاة الى المشتري ، وتسلم منه الدينار ؟

(٢) وهو العقد الحاصل فيه الرضا القلبي ، وطيب النفس من المالك لكنه لم يحصل منه اذن صريح ، أو فحوى

(٣) فهذا الاستثناء دليل على أن مجرد الرضا القلبي من المالك اذا كان موجوداً كاف في صحة العقد وإن كان فضولياً

(٤) فمفهومه أنه لو كان الرضا موجوداً لكفى عن الاجازة

ثم لو سلم كونه (١) فضولياً لكن ليس كل فضولي يتوقف لزومه على الاجازة ، لأنه لادليل على توقفه مطلقا على الاجازة اللاحقة كما هو (٢) احد الاحتمالات فيمن باع ملك غيره ثم ملكه (٣) ، مع أنه يمكن الاكتفاء في الاجازة بالرضا الحاصل بعد البيع المذكور آناً ما ، اذ وقوعه برضاه لاينفك عن ذلك (٤) مع الالتفات .

ثم إنه لو أشكل في عقود غير المالك فلا ينبغي الإشكال في عقد العبد نكاحاً ، أو بيعا مع العلم برضا السيد ولو لم يأذن له لعدم تحقق المعصية التي هي مناط المنع في الأخبار (٥) ، وعدم منافاته (٦) ، لعدم استقلال العبد فى التصرف .

ثم اعلم أن الفضولي قد يبيع للمالك وقد يبيع لنفسه

---

(١) اى العقد الحاصل فيه الرضا القلبي ، وطيب النفس من المالك

(٢) اى عدم توقف الفضولي على الاجازة مطلقا

(٣) إما بالهبة ، أو الارث ، فإنه بعد التملك لايحتاج المبيع الى الاجازة

(٤) اى عن الاجازة آناًما

(٥) حيث عرفت في الهامش ٣ ص ١٣٩ أن المناط في المنع عن نفوذ نكاح العبد بدون اذن سيده هو معصية سيده ، لاخالقه وهنا لم تتحقق المعصية ، لعلم العبد برضا سيده بنكاحه

(٦) اى وعدم منافاة عدم الاذن من المولى لعدم تحقق المعصية ، لعدم استقلال العبد في التصرف ، لأنه عالم برضامولاه ، فهذا العلم يُخرِج العبد عن الاستقلالية في التصرف ، فلا يصدق الاستقلال في حقه ، والذي يكون مضراً هو إقدامه على العقد من دون اي مدخلية لمولاه في تصرفه

وعلى الاول (١) فقد لايسبقه منع من المالك

وقد يسبقه المنع

فهنا مسائل ثلاث (٢) :

(الاولى): أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك وهذا هو المتيقن من عقد الفضولي ، والمشهور الصحة (٣) ، بل في التذكرة نسبها الى علمائنا تارة صريحاً

واخرى ظاهراً بقوله : عندنا ، إلا أنه ذكر عقيب ذلك أن لنا فيه قولاً بالبطلان

وفي غاية المراد حكى الصحة عن العُماني (٤) ، والمفيد والمرتضى والشيخ في النهاية ، وسلار والحلبي ، والقاضي وابن حمزة (٥)

وحكيت (٦) عن الاسكافي

واستقر عليها رأي من تاخر عدا فخر الدين، وبعض متأخري المتأخرين كالاردبيلي ، والسيد الداماد (٧) ،

---

(١) وهو بيع الفضولي للمالك

(٢) وهي كما يلي :

البيع للمالك مع سبق منع من المالك في البيع

والبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك ، والبيع لنفسه

(٣) اى صحة مثل هذا العقد الفضولي الذي باع للمالك من دون سبق منع من المالك الى الفضولي

(٤) يأتي شرح حياته في (أعلام المكاسب)

(٥) يأتي شرح حياة هؤلاء الأعلام في (أعلام المكاسب)

(٦) هذا كلام شيخنا الانصارى ، اى حُكيت صحة مثل هذا الفضولي عن الإسكافي ، يأتي شرح حياته في (أعلام المكاسب) ومرجع الضمير في عليها الصحة

(٧) يأتي شرح حياة هذا العملاق في (أعلام المكاسب)

وبعض متأخري المتأخرين (١) ، لعموم أدلة البيع والعقود ، لأن خلوه (٢) عن اذن المالك لايوجب سلب اسم العقد والبيع عنه (٣)

واشتراط ترتب الاثر بالرضا ، وتوقفه عليه (٤) ايضا لامجال لإنكاره فلم يبق الكلام إلا في اشتراط سبق الاذن

وحيث لادليل عليه (٥) فمقتضى الاطلاقات عدمه

ومرجع ذلك كله (٦) الى عموم حلّ البيع ، ووجوب الوفاء بالعقد

---

(١) وهو (صاحب الحدائق) قدس سره

(٢) اي خلو عقد الفضولي

(٣) اى عن عقد الفضولي

(٤) اى وتوقف الاثر وهو النقل والانتقال الذي هو معنى الاسم المصدري على اذن المالك

(٥) اى على اشتراط سبق الاذن

من هنا اخذ الشيخ في الاستدلال على عدم اشتراط سبق الاذن في العقد وخلاصته : أن آية أَوفُوا بِالعُقود ، وَأَحَلَّ اللهُ البَيعَ ، وَتِجارَةً عَن تَراضٍ مطلقة لاتقييد فيها في اشتراط سبق الاذن في العقود والمعاملات فبمقتضى هذا الإطلاق نحكم بعدم اشتراط السبق

وكذا الأحاديث الآتية قريباً كلها مطلقة وعامة لاتقييد فيها على اشتراط السبق

(٦) اى مآل خلو عقد الفضولي عن اشتراط سبق الاذن فيه حالة صدوره : الى العمومات والاطلاقات المذكورة : وهي الآيات والأحاديث

هذا بالاضافة الى أن خلو عقد الفضولي عن اذن المالك حالة صدوره لايوجب سلب اسم العقد عن الفضولي كما عرفت

خرج منه (١) العاري عن الاذن والاجازة معاً ،

ولم يُعلم خروج مافقد الاذن ، ولحقه الاجازة (٢)

والى ماذكرنا (٣) يرجع استدلالهم : بأنه عقد صدر من اهله وقع في محله

فما (٤) ذكره في غاية المراد : من أنه من باب المصادرات لم اتحقق وجهه

لأن (٥) كون العاقد اهلاً للعقد : من حيث إنه بالغ عاقل لاكلام فيه

وكذا كون المبيع قابلاً للبيع فليس محل الكلام الا خلو العقد عن مقارنة اذن المالك وهو مدفوع بالأصل (٦)

ولعل مراد الشهيد (٧) أن الكلام في أهلية العاقد

ويكتفى في اثباتها (٨) بالعموم المتقدم

---

(١) اى من هذا العموم والاطلاق المتقدم وهو الآيات والاحاديث الآتية العقد العاري عن الاذن والاجازة معاً ، فإن الاطلاق والعموم المتقدم لايشمل مثل هذا العقد فيحكم ببطلانه

(٢) كما في عقد الفضولي الصادر بلااذن ، لكن لحقه الاجازة بعد الصدور

(٣) وهو أن خلو عقد الفضولي عن سبق الاذن لايوجب سلب اسم العقد والبيع عنه

(٤) تفريع على ماذكره : من أن خلو عقد الفضولي عن سبق الاذن لايوجب سلب اسم العقد والبيع عنه

وخلاصته : أن صاحب غاية المراد افاد أن استدلال الفقهاء على أن عقد الفضولي عقد صدر من اهله وقع في محله من باب المصادرة ، فهو أول الكلام لانؤمن به يحتاج الى دليل فالشيخ افاد أني لم افهم علة ماذكره

(٥) تعليل من الشيخ لعدم فهمه علة ماذكره صاحب غاية المراد

(٦) وهو أصالة الإطلاق في العقود ، وعدم تقييدها بالرضا المقارن

(٧) اى مراده : من أن عقد الفضولي عقد صدر من اهله وقع في محله من باب المصادرات

(٨) هذا كلام شيخنا الانصاري يروم الرد على الشهيد لو كان مراده ـ

وقد اشتهر الاستدلال عليه (١) بقضية عروة البارقي ، حيث دفع اليه النبي صلى الله عليه وآله وسلم ديناراً ، وقال له : اشتر لنا به شاة للأضحية فاشترى به شاتين ثم باع احداهما في الطريق بدينار فاتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم بالشاة والدينار .

فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم :بارك الله لك في صفقة يمينك (٢) ، فإن بيعه وقع فضولاً ، وإن وجهنا شراءه على وجه يخرج عن الفضولي

هذا ، ولكن لايخفى أن الاستدلال (٣) بها يتوقف على دخول المعاملة المقرونة برضا المالك في بيع الفضولي

= التأمل في اهلية العاقد الفضولي

وخلاصته : أنه يكفي في اثبات أهلية العاقد الفضولي عموم كلام الشهيد المتقدم في ص ١٥٣ عند مانقله عنه: والمراد من الفضولي هو الكامل غير المالك

وليس مراد الشهيد من عدم الاهلية عدم كون العاقد بالغاً عاقلاً حراً مختاراً ، فإن أهلية العاقد الفضولي من هذه الجهات بديهية ، ومفروغ عنها

(١) اى على بيع العاقد الفضولي للمالك

من هنا اخذ الشيخ في الاستدلال على صحة عقد الفضولي للمالك بالأحاديث الواردة

فقضية عروة البارقي اول حديث يستدل به الشيخ على ذلك

(٢) راجع (مستدرك وسائل الشيعة) المجلد ٢ . ص ٤٦٢ الباب ١٨ . الحديث ١

وليست في المصدر كلمة (للأضحية)

وفي المصدر اختلاف مع ماذكر هنا فراجع

(٣) اى بحديث عروة البارقي على صحة عقد الفضولي الذي باع =

توضيح ذلك : (١) أن الظاهر علم عروة برضا النبي صلى الله عليه وآله وسلم بما يفعل وقد أقبض المبيع (٢) وقبض الثمن

ولا ريب أن الإقباض والقبض في بيع الفضولي حرام ، لكونه تصرفاً في مال الغير فلابد إما من التزام أن عروة فعل الحرام في القبض والإقباض، وهو (٣) مناف لتقرير النبي صلى الله عليه وآله وسلم

وإما من القول بأن البيع الذى يُعلم تعقبه للاجازة يجوز التصرف فيه قبل الاجازة ، بناءً على كون الاجازة كاشفة

وسيجيء ضعفه (٤)

فيدور الامر بين ثالث (٥): وهو جعل هذا الفرد من البيع : وهو المقرون برضا المالك خارجاً عن الفضولي كما قلناه

= للمالك ولم يسبق منه منع عن البيع

(١) اى توضيح أن الاستدلال بحديث عروة البارقي على صحة عقد الفضولي الذي باع للمالك ولم يسبق منه منع عن البيع متوقف على دخول المعاملة المقرونة برضا المالك في بيع الفضولي

(٢) اى عروة البارقي اعطى احدى الشاتين الى المشتري ، وقبض منه الثمن

(٣) اى الالتزام بأن عروة فعل الحرام في القبض والإقباض

(٤) اى ضعف هذا القول وإن جاز القبض والإقباض

(٥) اى بين قول ثالث ، وقد ذكره الشيخ في المتن

والقول الاول هو الالتزام بأن عروة قد فعل الحرام بالقبض والإقباض ببيعه الشاة واخذه الدينار

والقول الثاني هو القول بكون البيع الذي يُعلم تعقبه للاجازة جائز التصرف قبل الاجازة

ورابع : (١) وهو علم عروة برضا النبي صلى الله عليه وآله وسلم بإقباض (٢) ماله للمشتري حتى يستأذن (٣) ، وعلم المشتري (٤) بكون البيع فضولياً حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الامانة ، وإلا (٥) فالفضولي ليس مالكاً ، ولا وكيلاً فلا يستحق قبض المال

---

(١) اى فيدور الامر بين قول رابع ، وقد ذكره الشيخ في المتن فالأقوال المحتملة في حديث عروة اربعة

(الاول) : الالتزام بأن عروة فعل الحرام بالقبض والإقباض ببيعه الشاة ، واخذه الدينار

(الثاني) : أن البيع الذي يُعلم تعقبه للاجازة جائز التصرف قبل الاجازة

(الثالث) : خروج العقد المقرون برضا المالك عن بيع الفضولي

(الرابع) : علم عروة برضا الرسول صلى الله عليه وآله وسلم بإقباض ماله للمشتري حتى يستأذن منه ، وعلم المشتري بكون المبيع فضولياً فيكون الثمن عند البايع امانة

(٢) اى بإقباض عروة الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله وسلم الى المشتري

(٣) اى حتى يستأذن عروة بعد البيع من الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله وسلم للمشتري ، ليتصرف في المبيع

(٤) وهو الذي اشترى الشاة من عروة البارقي

(٥) اى وإن لم يكن دفع المشتري الثمن للبايع بعنوان الامانة عنده فلا وجه لقبض البايع الثمن ، لأنه ليس مالكاً ، ولا وكيلاً في القبض حتى يوجد له مبرر للقبض

فلو كان المشتري عالماً (١) فله أن يستأمنه على الثمن حتى ينكشف الحال ، بخلاف مالو كان (٢) جاهلاً

ولكن الظاهر هو اول الوجهين (٣) كما لايخفى ، خصوصاً بملاحظة

---

(١) اى عالماً بأن عروة قد باعه فضولاً

(٢) اى لو كان المشتري جاهلاً ، بأن البايع فضولياً ، فإنه في هذه الصورة لايكون دفع الثمن من المشتري الى البايع على وجه الامانة

فالحاصل أن المشتري إما أن يكون عالماً بكون البايع فضولياً

أو يكون جاهلاً

فعلى الاول دفع الثمن من المشتري الى البايع يكون بعنوان ، الامانة حتى يستبين الامر

وعلى الثاني لايكون دفع المال الى البايع بعنوان الامانة

وتظهر الثمرة بين الصورتين : أن الثمن على الاولى يكون في يد البايع امانة مالكية فاذا تلف بغير تعد وتفريط لايكون البايع ضامناً

وعلى الصورة الثانية يكون البايع ضامناً

(٣) المراد من الوجهين : هما الاحتمال الثالث ، والرابع المشار اليهما في الهامش ١ وص ١٦٦

والمراد من اول الوجهين هو الاحتمال الثالث الذي كان العقد المقرون برضا المالك خارجاً عن الفضولي

فلازم هذا الاحتمال خروج قضية عروة البارقي عن بيع الفضولي فلا يصح الاستدلال بها على صحة عقد الفضولي

وأما وجه الظهور في هـذا الوجه فلأن وجه الاخير وهو الاحتمال الرابع يتضمن علم المشتري بكون البايع فضولياً ، وعلمه بعدم استحقاقه -

أن الظاهر (١) وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطاة

وقد تقدم (٢) أن المناط فيها (٣) مجرد المراضاة ، ووصول كل من العوضين الى صاحب الآخر ، وحصوله (٤) عنده بإقباض المالك ، أو غيره ولو كان (٥) صبياً ، أوحيواناً فاذا حصل التقابض بين الفضوليين أوفضولي وغيره مقروناً برضا المالكين، ثم وَصل كل من العوضين الى صاحب الآخر ، وعُلم برضا صاحبه كفى في صحة التصرف ، وليس هذا (٦)

- قبض الثمن ، وعلمه بأنه في صورة كون البيع فضولياً أن يستأمن الثمن عنده

ومن الواضح أن إحاطة المشتري بجميع ماذكر بعيد جداً

والوجه الاول والثاني قد علمت بطلانهما

(١) وجه الظهور في وقوع تلك المعاملة على نحو المعاطاة لعل إدعاء غلبة وقوع أمثال هذه المعاملة على وجه المعاطاة فهذه تلحق بتلك

(٢) اى في الجزء السادس من (المكاسب) من طبعتنا الحديثة . ص ٢٤٢ في قوله : فالمعيار في المعاطاة وصول العوضين ، أو احدهما مع الرضا في التصرف ، وفي ص ٣٥٠ - ٣٥١

(٣) اى في المعاطاة

(٤) اى حصول كل من العوضين عند صاحب الآخر

(٥) اى الغير الذي يُقبِض العوض الى صاحبه الآخر كان صبياً أو كان حيواناً : بأن حُمِلت عليه سلعة الى دار فلان

أوكما قيل : إنه في بعض البلدان يربون بعض الحيوانات ويجلسونهم مكانهم في بعض الأحيان للبيع والشراء

(٦) وهو اذا كان الغير حيواناً ، أو صبياً

من معاملة الفضولي ، لأن الفضولي صار آلة في الايصال ، والعبرة برضا المالك المقرون به

واستدل له(١)ايضاتبعاً للشهيد في الدروس بصحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه فجاء سيدها فخاصم سيدّها الآخر

فقال : وليدتي باعها ابني بغير اذني

فقال عليه السلام : الحكم أن يأخذ وليدته وابنها

فناشده (٢) الذي اشتراها

فقال له : خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفّذ (٣) البيع لك

فلمارآه ابوه قال له : ارسل ابني قال : لاوالله لاارسل ابنك حتى ترسل ابني

فلما (٤) رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه (٥) الحديث

---

(١) اى لعقد الفضولي وهي المسألة الاولى التي باع الفضولي للمالك ، ولم يسبق منع من المالك

هذه ثانية الأحاديث التي استدل بها الشيخ على صحة عقد الفضولي

(٢) اى ناشد المشتري الامام عليه السلام

وكلمة ناشد من باب المفاعلة معناها الحلف اى حلّف المشتري الامام

(٣) من باب التفعيل

(٤) هذه الجملة : فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز البيع قول الامام ابي جعفر عليه السلام ، لاقول الامام امير المؤمنين عليه الصلاة والسلام

(٥) اى الى آخر الحديث

ليس للحديث صلة حتى يقال : الى آخر الحديث .

راجع (وسائل الشيعة) الجزء ١٤ ص ٥٩١ . الباب ٨٨ . الحديث ١

قال في الدروس :وفيها (١) دلالة على صحة الفضولي ، وأن الاجازة كاشفة (٢)

ولا يرد عليها (٣) شيء مما يوهن الاستدلال بها ، فضلاً عن أن يسقطها (٤) وجميع ما ذكر فيها (٥) من الموهنات (٦) موهونة ، إلا ظهور الرواية

---

(١) اى وفي هذه الصحيحة وهي صحيحة محمد بن قيس

أما دلالة الصحيحة على صحة بيع الفضولي فواضحة ، حيث إن المشتري لما اخذ ابن سيد الوليدة وهو بايع الوليدة بدون اذن أبيها مكان الوليدة وابنها اضطر صاحب الوليدة وهو مولاها الاول الى اجازة البيع حتى يسترد ولده فاجاز البيع ونفذه واسترد ولده .

فالاجازة دلت على صحة بيع الفضولي في هذه الصحيحة

(٢) اى الاجازة كاشفة كشفاً حقيقياً من أن الوليدة كانت ملكاً للمشتري من بداية وقوع البيع عليها ، حتى يقع الوطي في ملكه ،لانا قالة من حين وقوع البيع

وإنما نقول بكونها كاشفة ، لتصحيح طيب الولادة في ابن الوليدة ، فإنه لولم نقل بذلك وقلنا بالنقل للزم أن الولد قد تكوّن من الوليدة حراماً حينما ضاجعها واستولدها المشتري ، ولذا حكم الامام عليه السلام ببنوة الولد في قوله لمولى الوليدة وهو صاحبها الاصلي : الحكم أن يأخذ وليدته وابنها

(٣) اى على صحيحة محمد بن قيس شيء مما يوهن الاستدلال بها

(٤) اى يسقط ذلك الوهن صحيحة محمد بن قيس عن الاعتبار وعن الاستدلال بها

(٥) اى في صحيحة محمد بن قيس

(٦) اليك خلاصة تلك الموهنات وهي ستة كما افادها السيد الطباطبائي -

. . . .

- اليزدي قدس سره في تعليقته على المكاسب ص ١٣٥

(الاول) : حكم الامام عليه السلام لمولى الوليدة باخذه الوليدة وابنها بمجرد دعوى المولى أن المشتري قد اشتراها بغير اذني ، من دون أن يسمع من المشتري دعواه ، مع أنه لابد في الدعاوى الواقعـة بين المتخاصمين من سماع دعواهما اولاً ثم الحكم لاحدهما

والجواب أنه من الممكن أن المشتري قد ادعى وقوع العقد باذن سيده أو رضاه فعليه لم يحكم الامام قبل سماع دعوى المشتري

(الثاني) : حكم الامام عليه السلام لمولى الوليدة باخذه الوليدة وابنها ، من دون أن يسأل عن المولى أنه يجيز البيع ، أولا ؟

والجواب أن الامام عليه السلام في مقام بيان الحكم واعطائه من حيث هو ، مع قطع النظر عن كون المولى يجيز البيع ، اولا فهو ناظر الى هذه الجهة ليس إلا

(الثالث) : حكم الامام عليه السلام بأخذ مولى الوليدة ابنها المتولد من المشتري ، مع أن الولد حر تابع للمشتري ، لا للام حتى يكون رقاً ويكون لمولاها حق اخذ الولد ، اذ الولد تكون حلالاً ، إما بواسطة الاجازة الكاشفة كشفاً حقيقياً ، أو بواسطة الوطي بالشبهة

وعلى كل حال كيف يحكم الامام عليه السلام باخذ الابن

والجواب أنه إنما اخذ المولى الولد ليأخذ قيمته ، لا أنه اخذه ليبيعه أو ليستخدمه حتى يكون رقاً ثم يقال : كيف يجوز ذلك وقد ولد حراً ؟

(الرابع) : حكم الامام عليه السلام للمشتري باخذه ابن المولى الذي باع الوليد فضولاً ، مع أنه لايجوز ذلك ، اذ غاية ما يمكن الفرض في حق -

. . . .

- الولد أنه غاصب ، والغاصب ليس حكمه اخذه مكان ابن الوليدة

والجواب أن الحكم بذلك لأجل تمكن المشتري على تحصيل الثمن الذي دفعه عن الوليدة

(الخامس) : تعليم الامام عليه السلام للمشتري كيفية الحيلة والاحتيال في اخذ ولد المولى الذي باع الوليدة للمشتري حتى يضطر المولى باجازة البيع وإمضائه ، ليسترد ابنه من المشتري

مع أنه لايجوز للحاكم تعليم الاحتيال للمتخاصمين ، أولأحدهما

والجواب أنه يحتمل أن يكون هناك مصلحة اقتضت ذلك ، ونحن نجهلها .

بالاضافة الى أنه يمكن أن يكون تعليم الامام عليه السلام له ذلك لاجل أن للمشتري حق مطالبة الثمن الذي دفعه الى البايع ، لا لاجل الحيلة والاحتيال

(السادس) : أن الاجازة الصادرة من مولى الوليدة كانت بعد رد البيع ، حيث اخذ المولى الوليدة وابنها حسب امر الامام عليه السلام ، مع أن شرط مضي الاجازة أن لاتكون مسبوقة بالرد ، فالرد يكون مانعاً عن الاجازة وهنا مسبوقة بالرد

والجواب أن الرد إنما يكون مانعاً عن الاجازة لو كان صريحاً في ذلك

وأما فيما نحن فيه فليس فيه رد سوى إظهار الكراهة

والشيخ اختار من الموهنات هذا الاخير ، وافاد أن جميع ما ذكر في الرواية من الموهنات موهونة إلا ظهور الرواية في تأثير الاجازة المسبوقة بالرد

في تأثير الاجازة المسبوقة بالرد من جهة (١) ظهور المخاصمة في ذلك

واطلاق (٢) حكم الامام عليه السلام بتعيين اخذ الجارية وابنها من المالك بناءً (٣) على أنه لو لم يرد (٤) البيع وجب تقييد الاخذ بصورة الاختيار الرد ، ومناشده (٥) المشتري للامام عليه السلام والحاحــه اليه في علاج فكاك ولده

وقوله (٦) : حتى ترسل ابني الظاهر في أنه حبس الولد ولو على قيمته يوم الولادة

---

(١) هذا هو الدليل الاول لظهور الصحيحة في الرد

وخلاصته : أن نفس مخاصمة كل واحد من مولى الجارية ومشتريها على الوليدة وابنها في أن كل واحد منهما يدعي أن الوليدة قد بيعت بغير اذني ؛ والمشتري يدعي أنها بيعت باذن من مولاها تدل على رد البيع

(٢) هذا هو الدليل الثاني لظهور الصحيحة في الرد

وخلاصته أن اطلاق حكم الامام عليه السلام بتعين اخذ الجارية ، وعدم تقييده الاخذ بصورة اختيار الرد دليل على رد البيع

(٣) تعليل للاطلاق المذكور وقد عرفته آنفاً

(٤) اى مولى الجارية

(٥) هذا هو الدليل الثالث لظهور الصحيحة في الرد

وخلاصته أن مناشدة المشتري للامام بعد حكمه عليه السلام باخــذ المولى الوليــدة وابنها ، والحاح المشتري في عــلاج فكاك ولده دليــل على رد البيع

(٦) هذا هو الدليل الرابع لظهور الصحيحة في الرد

وخلاصته أن قول المشتري لمولى الجارية : لا ارسل ابنك حتى ترسل -

وَحَملُ (١) امساكه الوليدة على حبسها لاجل ثمنها كحبس ولدها على القيمة ينافيه (٢) قوله عليه السلام : فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع الوليدة

والحاصل (٣) أن ظهور الرواية في رد البيع اولا مما لاينكره المنصف إلا أن الإنصاف أن ظهور الرواية في أن اصل الاجازة مجدية في الفضولي مع قطع النظر عن الاجازة الشخصية في مورد الرواية (٤) غير قابل

= ولدي ظاهر في أن مولى الجارية قد حبس ولد المشتري ليأخذ منه قيمة الولد ، يوم الولادة وهذا دليل على رد البيع .

هذه هي الأدلة القائمة من الشيخ على ظهور الصحيحة في الرد

(١) دفع وهم

حاصل الوهم أن إمساك المولى الجارية وحبسها عنده يُحمل على تمكنه من الحصول على ثمنها

كما أن حبس الولد كان لاجل الحصول على قيمة الولد يوم الولادة

وليس الحبس والامساك لأجل رد البيع

(٢) هذا جواب عن الوهم المذكور

وخلاصته أن الحمل المذكور منافٍ لقول الامام ابي جعفر عليه السلام: فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز البيع ، فإن كلمة اجاز في قوله عليه السلام دليل على رد البيع ، لا أن الحبس كان لأجل حصول ثمن الجارية

(٣) اى خلاصة ماذكرناه حول الصحيحة : من دلالة الأدلة الأربعة على ظهور الصحيحة في رد البيع : أن الصحيحة ظاهرة في الرد ، وهذه الظاهرة مما لاينكر

(٤) وهي الصحيحة اى مع غض النظر عن أن الصحيحة قد وردت =

للانكار فلابد من تأويل ذلك الظاهر (١) ، لقيام (٢) القرينة وهي الاجماع على اشتراط الاجازة بعدم سبق الرد

والحاصل أن مناط الاستدلال (٣) لو كان نفس القضية الشخصية (٤) من جهة اشتمالها على تصحيح بيع الفضولي بالاجازة ، بناءً على قاعدة اشتراك جميع القضايا المتحدة نوعاً في الحكم الشرعي : كان ظهورها (٥) في كون الاجازة الشخصية في تلك القضية مسبوقة بالرد مانعاً عن الاستدلال بها (٦) ، موجباً (٧) للاقتصار على موردها ، لوجه (٨) علمه الامام عليه السلام : مثل كون مالك الوليدة كاذباً في دعوى عدم الاذن للولد

= في الاجازة الشخصية وهي اجازة مولى الجارية بيع الجارية حتى يرسل المشتري ابنه الذي حبسه

فالاجازة بنفسها وبما هي هي مجدية مع قطع النظر عن القضية الشخصية

(١) وهو ظهور الصحيحة في رد البيع

(٢) هذا تعليل لقوله : فلابد من تأويل تلك الظاهرة

(٣) اى الاستدلال بالصحيحة على صحة عقد الفضولي

(٤) وهي اجازة مولى الجارية بيع الجارية ليتمكن من اخذ ولده من المشتري

(٥) اى ظهور الصحيحة المذكورة

(٦) على صحة عقد الفضولي

(٧) اى مناط الاستدلال بالصحيحة لو كانت نفس القضية الشخصية لوجب الاقتصار على موردها : وهو أن الاجازة الصادرة في بيع الجارية بغير اذن مولاها تكون نافذة في خصوص هذا المورد فقط ، ولا يتعدى منه الى مكان آخر

(٨) تعليل للزوم الاقتصار في الصحيحة على موردها كما عرفت =

فاحتال عليه السلام حيلة يصل بها (١) الحق الى صاحبه

وأما لو كان مناط الاستدلال ظهور سياق كلام الامير عليه السلام في قوله : خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع ، وقول الباقر عليه السلام في مقام الحكاية : فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه في أن للمالك أن يجيز العقد الواقع على ملكه وينفذه لم يقدح في ذلك ظهور الاجازة الشخصية في وقوعها بعد الرد فيؤول مايظهر منه الرد بارادة عدم الجزم بالإجازة والرد أو كون حبس الوليدة على الثمن ، أو نحو ذلك

وكأنه قد اشتبه مناط الاستدلال على من لم يستدل بها في مسألة الفضولي ، أو يكون الوجه في الاغماض عنها ضعف الدلالة المذكورة فإنها لاتزيد على الإشعار ، ولذا لم يذكرها في الدروس في مسألة الفضولي بل ذكرها في موضع آخر

لكن الفقيه في غنى عنه (٢) بعد العمومات المتقدمة

وربما يستدل ايضا (٣) بفحوى صحة عقد النكاح من الفضولي في الحر والعبد الثابتة (٤) بالنص والاجماعات المحكية ، فإن تمليك بضع

= اى الاقتصار على المذكور لاجل علة يعلمها الامام عليه السلام وقد ذكر العلة الشيخ في المتن فلا نعيدها

(١) اي بسبب هذه الحيلة وهي اخذ المولى الوليدة وابنها ليأخذ المشتري ابن المولى حتى ينفذ البيع

(٢) اى الفقيه يكون غنياً عن الاستدلال بهذه الصحيحة على صحة عقد الفضولى

(٣) اى على صحة عقد الفضولي

هذه ثالثة الأحاديث التي استدل بها الشيخ على مدعاه : وهي صحة عقد الفضولي للمالك من دون سبق نهي من المالك

(٤) أى صحة عقد الحر والعبد الواقع فضولياً ، ثم اجيز العقد =

الغير اذا لزم بالاجازة كان تمليك ماله أولى بذلك (١)

مضافا الى ماعلم من شدة الاهتمام في عقد النكاح ، لأنه يكون منه الولد (٢) كما في بعض الأخبار (٣)

وقد اشار الى هذه الفحوى (٤) في غاية المراد

واستدل بها (٥) في الرياض ، بل قال : إنه لولاها أشكل الحكم (٦) من جهة الاجماعات المحكية على المنع (٧)

وهو (٨) حسن ، إلا أنها (٩)

- وقد ذكرنا تلك النصوص الواردة في صحة نكاح العبد فضولاً في الهامش ٤ . ص ١٣٩ فراجع

وأما النصوص الواردة في نكاح الحر فضولاً فراجع المصدر نفسه ص ٢٢٠ . الباب ١٣ . الأحاديث

(١) اى بالاجازة

(٢) وقد عرفت ثبوت الاجازة في النكاح الفضولي وكفايتها ، حفظاً لطيب الولادة

فاذا قيل بكفاية الاجازة في النكاح فالقول بكفايتها في البيع وغيره أولى منه

(٣) تأتي الاشارة الى هذا البعض من الأخبار قريباً

(٤) اى الى هذه الأولوية

(٥) اى بالفحوى التى هي الأولوية

(٦) وهو صحة عقد الفضولي

(٧) اى منع صحة عقد الفضولي

(٨) اى الإشكال المذكور حسن

(٩) اى الفحوى المذكورة

ربما توهم بالنص (١) الوارد في الرد على العامة الفارقين بين تزويج الوكيل

---

(١) وهي صحيحة العلاء بن سيابة الواردة في الوكالة

راجع (وسائل الشيعة) الجزء ١٣ ص ٢٨٦ . الباب ٢ الحديث ٢

والحديث طويل نذكره بطوله ، لما فيه من فوائد جمة لاتخفى على القارىء النبيل ، اليك نصه

عن العلا بن سيابة قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة وكَّلت رجلاً بأن يزوِّجها من رجل فَقَبِلَ الوكالة فاشهدَت له بذلك

فذهب الوكيل فزوَّجها ، ثم إنها انكرت ذلك الوكيل ، وزعمت أنها عزلته عن الوكالة ، فاقامت شاهدين على أنها عزلته

فقال : مايقول مِن قِبَلِكُم (١) في ذلك ؟

قال : قلت : يقولون : يُنظر في ذلك ، فإن كانت عزلته قبل أن يزوج فالوكالة باطلة ، والتزويج باطل

وإن عزلته وقد زوَّجها فالتزويج ثابت على مازوَّج الوكيل ، وعلى ما انفق معها من الوكالة اذا لم يتعدَّ شيئاً مما امرت به ، واشترطت عليه في الوكالة

قال : ثم قال : يعزلون الوكيل عن وكالتها ولم تُعلِمهُ بالعزل ؟

قلت : نعم يزعمون أنها لو وكَّلت رجلاً واشهدت في الملاء وقالت في الخلا : إشهدوا أني قد عزلته وابطلت وكالته بلا أن تُعلِمَ في العزل وينقضون جميع ما فعل الوكيل في النكاح خاصة ، وفي غيره لايبطلون الوكالة ، إلا أن يَعلَم الوكيل بالعزل ، ويقولون : المال منه عوض لصاحبه والفرج ليس منه عوض اذا وقع منه ولد

---

(١) المقصود هنا (فقهاء اخواننا السنة)

. . . .

فقال عليه السلام : سبحان الله ما أَجْوَرَ هذا الحكم وأفسده ؟
إن النكاح أحرى وأحرى أن يُحتاط فيه وهو فرج ومنه يكون الولد
إن علياً عليه السلام اتته امرأة تستعديه على اخيها .
فقالت : يا أمير المؤمنين إني وكّلت أخي هذا بأن يزوجني رجلاً وأشهدت له ثم عزلته من ساعته تلك ، فذهب فزوجني ، ولي بينة أني قد عزلته قبل أن يزوجني ، فاقامت البينة .
فقال الاخ : يا امير المؤمنين إنها وكلتني ولم تُعلمني أنها عزلتني عن الوكالة حتى زوجتها كما أمرتني
فقال لها : ما تقولين ؟
قالت : قد أعلمته يا أمير المؤمنين
فقال لها : أَلَكِ بينة بذلك ؟
فقالت : هؤلاء شهودي يشهدون بأني قد عزلته
فقال أمير المؤمنين عليه السلام : كيف تشهدون ؟
قالوا : نشهد أنها قالت : اشهدوا أني قد عزلت اخي فلاناً عن الوكالة بتزويجي فلاناً ، وإني مالكة لامري قبل أن يزوجني
فقال : أَشْهَدَتكُمْ على ذلك بعلم منه ومحضر ؟
فقالوا : لا
فقال : تشهدون أنها اعلمته بالعزل كما اعلمته بالوكالة ؟
قالوا : لا
قال : ارى الوكالة ثابتة ، والنكاح واقعاً
أين الزوج ؟ فجاء

المعزول مع جهله بالعزل ، وبين بيعه (١) بالصحة (٢) في الثاني لأن المال له عوض ، والبطلان (٣) في الاول ، لأن البضع ليس له عوض

حيث قال الامام عليه السلام في مقام ردهم واشتباههم في وجه الفرق (٤): سبحان الله ما اجور هذا الحكم (٥) وأفسده ، فإن (٦) ، النكاح أولى وأجدر أن يحتاط فيه ، لأنه الفرج ، ومنه يكون الولد الخبر (٧)

فقال : خذ بيدها بارك الله لك فيها

فقالت : يا أمير المؤمنين احلفه أني لم اعلمه العزل ولم يعلم بعزلي اياه قبل النكاح

قال : وتحلف ؟

قال : نعم يا أمير المؤمنين فحلف فاثبت وكالته واجاز النكاح .

(١) اى بيع الوكيل المعزول

(٢) اى حكم (فقهاء اخواننا السنة) بصحة الثاني : وهو بيع الوكيل المعزول

(٣) اى وحكم (فقهاء اخواننا السنة) ببطلان الاول :وهو تزويج الوكيل المعزول المرأة الموكّلة

(٤) اى الفرق بين الوكيل المعزول في بيعه ، وتزويجه من قبل (فقهاء اخواننا السنة) ، حيث حكموا بالصحة في الاول ، والبطلان في الثاني

(٥) وهو الفرق المذكور بين البيع ، والتزويج

(٦) تعليل من الامام عليه السلام في أن حكم علماء السنة بفساد النكاح وبطلانه في غاية الجور والفساد بقوله عليه السلام : ماأجور هذا الحكم وأفسده

(٧) اى الى آخر الخبر المشار اليه في الهامش ١ ص ١٧٨

وحاصله (١) أن بمقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع (٢) أولى بالصحة من (٣) حيث الاحتياط المتأكد في النكاح ، دون غيره فدل (٤) على أن صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق أولى

خلافاً للعامة ،حيث عكسوا وحكموا بصحة البيع،دون النكاح ،فمقتضى حكم الامام عليه السلام : أن صحة المعاملة المالية الواقعة في كل مقام تستلزم صحة النكاح الواقع بطريق أولى ، وحينئذ (٥) فلا يجوز التعدي من صحة النكاح في مسألة الفضولي الى صحة البيع ، لأن الحكم في الفرع (٦)

---

(١) اى وخلاصة مايقصده الامام عليه السلام من الاحتياط في النكاح

(٢) اي من الوكيل المعزول الجاهل بالعزل من قبل موكله

(٣) تعليل لكون النكاح الواقع من الوكيل المعزول أولى بالصحة من البيع الواقع منه

وخلاصته أن مراعاة جانب النكاح أولى من مراعاة جانب غيره : من بقية العقود ، حيث إن النكاح منشأ تكوين الأولاد ، ومنشأ تحليل البضع ، فالقول بصحته اذا صدر فضولاً ثم اجيز أولى من القول بصحة البيع الذي لايكون فيه ماذكر ، وبطلان النكاح

(٤) اى الاحتياط المتأكد في النكاح يدل على أن صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق أولى كما عرفت وجه الأولوية عند قولنا : وخلاصته

(٥) اى وحين أن قلنا : إن صحة البيع تستلزم صحة النكاح خلافاً لما ذهب اليه (فقهاء اخواننا السنة) ، حيث حكموا بصحة البيع وبطلان النكاح فلا يجوز التعدي من صحة النكاح في عقد الفضولي كما في الحديث الوارد في الهامش ١ ص ١٧٨

(٦) وهو الحكم بصحة النكاح ، هذا تعليل لعدم جواز التعدي

لايستلزم الحكم في الاصل (١) في باب الأولوية ، وإلا (٢) لم يتحقق الأولوية كما لايخفى

فالاستدلال بصحة النكاح (٣) على صحة البيع (٤) مطابق لحكم العامة : من كون النكاح أولى بالبطلان من جهة أن البضع غير قابل للتدارك بالعوض .

بقي الكلام في وجه جعل الامام عليه السلام الاحتياط في النكاح هو ابقاؤه ، دون إبطاله مستدلاً بأنه يكون منه الولد : أن الامر في الفروج كالأموال دائر بين محذورين ، ولا احتياط في البين .

ويمكن أن يكون الوجه في ذلك (٥) أن إبطال النكاح في مقام الإشكال والإشتباه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير الصحة واقعاً فتتزوج المرأة ويحصل الزنا بذات البعل ،

بخلاف ابقائه ، فإنه على تقدير بطلان النكاح لايلزم منه إلا وطوء المرأة الخالية عن المانع ، وهذا أهون من وطء ذات البعل

فالمراد بالأحوط (٦) هو الأشد احتياطاً

---

(١) وهو الحكم بصحة البيع

(٢) اى ولو استلزم الحكم بصحة الفرع الحكم بصحة الأصل لما تحقق مفهوم الأولوية ، فإن مفهوم الأولوية هو أن الحكم في الاصل مستلزم للحكم في الفرع ، لا أن الحكم في الفرع مستلزم للحكم في الاصل

(٣) وهو الفرع كما علمت

(٤) وهو الاصل كما علمت

(٥) وهو الاحتياط في النكاح ، وابقاؤه على حاله ، دون إبطاله

(٦) اى الأحوط المستفاد من كلمتي أحري وأحرى الواقعتين -

وكيف كان فمقتضى هذه الصحيحة (١) أنه إذا حكم بصحة النكاح الواقع من الفضولي لم يوجب ذلك التعدي الى الحكم بصحة بيع الفضولي (٢)

نعم لو ورد الحكم بصحة البيع أمكن الحكم بصحة النكاح ، لأن النكاح أولى بعدم الإبطال كما هو نص الرواية (٣)

ثم إن الرواية (٤) وإن لم يكن لها دخل بمسألة الفضولي ،إلا أن المستفاد منها قاعدة كلية (٥) : هي أن إمضاء العقود المالية يستلزم امضاء النكاح من دون العكس (٦) الذي (٧) هو مبنى الاستدلال في مسألة الفضولي ، هذا

ثم إنه ربما يؤيد صحة الفضولي

- في قوله عليه السلام في صحيحة العلاء بن سيابة : فإن النكاح أحرى وأحرى أن يحتاط فيه

(١) وهي صحيحة العلا بن سيابة المشار اليها في الهامش١ ص ١٧٨

(٢) لعدم الملازمة بين صحة النكاح الصادر من الفضولي ، وبين صحة بيع الواقع من الفضولي

(٣) وهي صحيحة العلا بن سيابة

(٤) وهي صحيحة العلا بن سيابة ، حيث إنها وردت في الوكالة والرجل يدعي أنه وكيل عن المرأة وهي تنكر الوكالة

(٥) بحيث تجعل كبرى كلية تنطبق على صغرياتها ومصاديقها

(٦) وهو أن إمضاء نكاح الفضولي لايستلزم إمضاء عقد الفضولي

(٧) كلمة الذي صفة لكلمة العكس اى العكس المذكور هو مبنى الاستدلال بالأحاديث الواردة في نكاح الفضولي الصادر من الحر والعبد وقداشرنا الى هذه الأحاديث في الهامش٤ ص١٣٩ ، والهامش٤ ص١٧٦-١٧٧

بل يستدل عليها (١) بروايات كثيرة وردت في مقامات خاصة

مثل موثقة (٢) جميل عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل دفع الى رجل مالاً ليشتري به ضرباً (٣) من المتاع مضاربة فاشترى غير الذي امره

قال : هو (٤) ضامن ، والربح بينهما على ماشرطه (٥)

ونحوها (٦) غيرها الواردة في هـذا الباب ، فإنها (٧) إن ابقيت على ظاهرها : من (٨) عدم توقف ملك الربح (٩)

---

(١) اى على صحة عقد الفضولي اذا باع للمالك

(٢) هذه رابعة الأحاديث التي استدل بها الشيخ على مدعاه : وهي صحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك

وجه الدلالة أن الظاهر من تعيين المتاع في المضاربة ، والامر بشرائه لاغير هو تضييق دائرة المضاربة

فاذا خالف العامل ما أمره المالك فلا محالة تكون المعاملة فضولياً

(٣) اى نوعاً من المتاع المعين على أن يكون الربح بينهما حسب ما اشترط صاحب المال مع العامل

(٤) اى العامل ضامن للخسران

(٥) (وسائل الشيعـة) : الجزء ١٣ . ص ١٨٢ . الباب ١ - الحديث ٩

(٦) اى ونحو هذه الموثقة الأخبار الواردة في المضاربة

راجع المصدر نفسه . ص ١٨١ - ١٨٣ . الأحاديث

(٧) اى موثقة جميل

(٨) كلمة من بيان لبقاء موثقة جميل على ظاهرها

(٩) المراد من الربح هو الربح الذي حصل من غير المتاع الذي عينه المالك

على الاجازة كما نسب (١) الى ظاهر الأصحاب ، وعدّ هذا (٢) خارجاً عن بيع الفضولي بالنص كما في المسالك وغيره : كان (٣) فيهـا استيناس لحكم المسألة من (٤) حيث عـدم اعتبار اذن المالك سابقاً في نقل مال المالك الى غيره

(١) اى عدم توقف ملك الربح على اجازة المالك

(٢) وهو عـدم توقف ملك الربح على اجازة المالك عُدّ خارجاً عن بيع الفضولي بسبب هذا النص وهو موثقة جميل المشار اليها في ص ١٨٤ حيث يستفاد منها أن الربح قـد حصل من المتاع الذى لم ياذن بشرائه المالك فقال الامام عليه السلام : الربح بينهما من دون أن يقول : بعـد الاجازة

(٣) جواب لإن الشرطية في قوله : فإنها إن اُبقيت اى إن ابقيت الموثقة على ظاهرها وهو عـدم توقف ملك الربح على الاجازة كان فيها استيناس لحكم المسألة وهي مسألة بيع الفضولي ، حيث إن حكم مسألة بيع الفضولي هو عدم اعتبار اذن السابق من المالك في نقل ماله الى غيره

(٤) كلمة من بيان لحكم المسألة ، وقد عرفته عند قولنا : حيث إن حكم مسألة

لايخفى على القارىء النبيل أن الموثقة وإن كانت تدل باطلاقها على صحة عقد الفضولي مع عدم لحوق الاجازة ، بل ومع الرد ايضاً

لكن يجب تقييدها بأدلة لايحل ، فحينئذ تنطبق الموثقة على المقصود والمدعى : وهي صحة عقد الفضولي مع لحوق الاجازة به .

فتكون النسبة اذاً بين الموثقة ، ودليل لايحـل العموم والخصوص المطلق ، اذ كلما وجد دليل طيب النفس وجدت المؤثقة ، وليس كلما جاءت الموثقة جاء دليل طيب النفس

. . . .

ـ فالأخصية تكون من جانب أدلة الطيب

(لايقال) : إن النسبة بينهما عموم وخصوص من وجه لهما مادة اجتماع ، ومادتا افتراق ، فيتعارضان عند الاجتماع فيتساقطان فيرجع الى عموم قوله تعالى : اَوْفُوا بِالْعُقُوْدِ فيحكم بصحة عقدالفضولي فلا وجه لتقييد الموثقة بأدلة الطيب

(فإنه يقال) : إن الامر كما قيل ، لكنه في مورد الاجتماع لايتساقطان لأن أدلة الطيب أقوى من الموثقة ، لحكم العقل والعرف بقبح التصرف في مال الغير بغير اذنه ورضاه فتكون حاكمة عليها فيحكم ببطلان المعاملة فلا تكون الموثقة صالحة للاستدلال بها على صحة بيع الفضولي

وأما كيفية العموم والخصوص من وجه بين موثقة جميل وبين دليل لايحل مال امرءٍ مسلم إلا بطيب نفسه فاليك شرحها :

أما مادة الاجتماع بين الموثقة ، ولا يحل فموردهما فيما لو خالف العامل ما امره المالك ، حيث إن الموثقه تصرح بصحة المضاربة هنا وإن خالف العامل فيما امره المالك فهي نافذة ممضاة

ودليل لايحل يصرح بعدم صحة المضاربة ، لكون العامل قد تصرف في مال المالك بغير اذنه

فهنا قد اجتمع الدليلان فيتعارضان ثم يتساقطان على راي القائل

وأما مادة الافتراق من جهة دليل لايحل : بأن لايأتي هو وتأتي موثقة كما لو ضارب العامل بما أمره المالك فالمضاربة هنا صحيحة ، لكون الموثقة جميل أعم ، ولا يأتي دليل لايحل ، لمجيىء المضاربة على وفق امر المالك

وأمامادة الافتراق من جانب الموثقة : بأنلاتأتي هي ، ويأتي دليل ـ

وإن حملناها (١) على صورة رضا المالك بالمعاملة بعد ظهور الربح كما هو (٢) الغالب

وبمقتضى الجمع بين هذه الأخبار (٣) ، وبين مادل على اعتبار رضا المالك في نقل ماله (٤) ، والنهي عن اكل المال بالباطل (٥) اندرجت

- لايحل كما لو آجر العامل بمال المالك فالموثقة لاتأتي هنا ، لخروج الاجارة عن موردها ، لأن الموثقة واردة في المضاربة

ويأتي دليل لايحل ، حيث إن العامل قد تصرف في مال الغير بغير اذنه

(١) اى موثقة جميل التي فيها : والربح بينهما على ماشرطه الظاهرة في عدم توقف ملك الربح على اجازة المالك الشراء الذي اقدم عليه العامل وهو منهي عنه

(٢) حيث إن الغالب أن المالك يرضى بالمعاملة إن كان فيها ربح وإن لم يأمر بها

(٣) وهي الأخبـــار الواردة في باب المضاربة التي اشرنا اليهـــا في الهامش ٦ ص ١٨٤ الدالة على عدم توقف ملك الربح على الاجازة

(٤) راجع (وسائل الشيعة) الجزء ١٢ . من ص ٢٤٨ الى ٢٥٢ الباب ١ ـ . الأحاديث . اليك نص الحديث ٣

عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث

قال : سأله رجل من اهل النيل عن ارض اشتراها بفم النيل ، وأهل الارض يقولون : هي ارضهم ، واهل الاستان يقولون : هي من ارضنا

فقال : لاتشترها إلا برضا اهلها

(٥) وهي آية : وَلا تَأْكُلُوا أَموالَكُم بَيْنَكُم بِالباطِلِ

المعاملة (١) في الفضولي

وصحتها (٢) في خصوص المورد وإن احتمل كونها للنص الخاص إلاّ أنها لاتخلو عن تأييد للمطلب

ومن هـذا القبيل (٣) الأخبار الواردة في اتجار غير الولي في مال

---

(١) وهي المضاربة التي خالف العامل فيها امر المالك واشترى غير ما امره المالك

(٢) اى وصحة هـذه المعاملة التي خالف العامل فيها امر المالك وإن احتمل أن تكون لاجل النص الخاص وهو موثقة جميل

لكنها لاتخلو عن كونها تأييداً للمطلب وهو صحة عقـد الفضولي اذا وقع للمالك من دون سبق منع من المالك

(٣) اى ومن قبيل أخبار المضاربة التي ليس فيها توقف ملكيـة الربح على اجازة المالك : الأخبار الواردة في الاتجار بمال اليتيم لغير الولي

فكل ماقيل هناك : من الظهور والاطلاق يقال في هذه الأخبار ايضا

هذه خامسة الأحاديث التي استدل بها الشيخ على مدعاه : وهي صحة عقد الفضولي اذا وقع لمالكه

راجع حول الأخبار (وسائل الشيعة) الجزء ٦ . ص ٥٧ - ٥٨ . الباب ٢ . الأحاديث . اليك نص الحديث الثاني

عن سعيد السمان قال : سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول :

ليس في مال اليتيم زكاة إلا أن يتجربه ، فإن اتجربه فالربح لليتيم وإن وضع فعلى الذي يتجربه

فالشاهد في قوله عليه السلام : فالربح لليتيم ، حيث إن حكمه بكون الربح لليتيم دليل على تملكه له بدون احتياج الى اذن الولي　-

اليتيم ؛ وأن الربح لليتيم ، فإنها (١) إن حملت على صورة اجازة الولي كما هو صريح جماعة تبعاً للشهيد كان من أفراد المسألة

وإن عمل باطلاقها (٢) كما عن جماعة ممن تقدمهم خرجت عن مسألة الفضولي

- ولا يخفى عليك أن السيد الطباطبائي اليزدي قدس سره في تعليقته على المكاسب في ص ١٣٧ افاد أن الاتجار بمال اليتيم لغير الولي ليس في الأخبار الواردة منه عين ولا اثر

وظاهره الإشكال على ما افاده الشيخ بقوله : ومن هذا القبيل الأخبار الواردة في اتجار غير الولي

ولكن لايخفى أن ما افاده السيد قدس سره ضعيف ، حيث إن ظاهر الأخبار الواردة في الباب هو الاطلاق من دون أن تكون مقيدة بالولي وغيره ، فالاطلاق شامل كما افاد هو قدس سره بقوله : نعم هي باطلاقها ربما يكون شاملة له

(١) اى أخبار الاتجار بمال اليتيم لغير الولي التي اشرنا اليها آنفاً إن حملناها على صورة اجازة الولي بعد ظهور الربح كما افاد هذا المعنى جماعة من الفقهاء تبعاً لشيخنا الشهيد : كان الاستدلال بأخبار الاتجار بمال اليتيم لغير الولي من أفراد المسألة : وهي مسألة صحة عقد الفضولي الواقع للمالك بعد الاجازة

فحينئذ يصح الاستدلال لما نحن فيه بهذه الأخبار

(٢) اى وإن عُمِل باطلاق أخبار الاتجار بمال اليتيم ، حيث إنها مطلقة ليس فيها ذكر من الاجازة وعدمها : كان الاستدلال بأخبار الاتجار بمال اليتيم خارجاً عن موضوع المسألة وهي مسألة عقد الفضولي للمالك لأن الكلام في صحة عقد الفضولي بعد الاجازة ، لامطلقا وإن لم تكن فيها اجازة

لكن (١) يستأنس بها للمسألة بالتقريب المتقدم (٢)

وربمـا احتمل دخولها (٣) في المسألة من حيث إن الحكم بالمضي اجازة إلٓهية لاحقة للمعاملة ، فتأمل (٤)

---

(١) هذا الاستدراك بناءً على خروج الاستدلال بأخبار الاتجار بمال اليتيم عن موضوع مسألة عقد الفضولي

وخلاصته أنه وإن كان الاستدلال بالأخبار المذكورة خارجاً عن موضوع البحث ، إلا أنه يستأنس بالاستدلال بها لما نحن فيه ، حيث إنه لا يعتبر اذن المالك سابقاً في نقل مال المالك الى غيره

(٢) وهو الذي افاده الشيخ في موثقة جميل بقوله في ص ١٨٥ : كان فيها استيناس لحكم المسألة : من حيث عدم اعتبار اذن المالك سابقاً

(٣) اي دخول المعاملة بمال اليتيم لغير الولي في مسألة صحة عقد الفضولي إذا باع للمالك بدون سبق منع منه بعد البناء على أن الأخبار الوارة في المقام مطلقة لا تقييد فيها بصورة اجازة الولي

ببيان أن حكم الامام عليه السلام بضمان المتجر بمال اليتيم ، وأن الربح لليتيم كما في الروايات المشار اليها في الهامش ٣ ص ١٨٨ وإمضائه للمعاملة الواقعة بغير اذن الولي : اجازة إلٓهية لاحقة للمعاملة فلا تحتاج المعاملة الى اذن الولي

فيصح الاستدلال بالأخبار المذكورة في الاتجار بمال اليتيم لما نحن فيه: وهي صحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك ، لدلالة حكم الامام عليه السلام على ذلك كما عرفت

(٤) لعل وجه التأمل هو أن الكلام في صحة العقد بالاجازة اذا كانت لاحقة من المالك ، لا من الله عز وجل ، لأن الاكتفاء بالاجازة الإلٓهية عن رضا المالك عبارة اخرى عن عدم اعتبار رضا المالك =

وربما يؤيد المطلب (١) ايضاً برواية ابن اشيم (٢) الواردة في العبد المأذون الذي دُفِع اليه مال ليشتري به نسمة ويعتقها ، ويحجه عن أبيه فاشترى أباه واعتقه .

ثم تنازع مولى المأذون ، ومولى الاب ، وورثة الدافع ، وادعى كل منهم أنه اشتراه بماله .

ـ بالاضافة إلى أن الاجازة الصادرة من الله عزوجل عبارة عن الحكم الكلي : وهو أن غير الولي يكون ضامناً لمال اليتيم اذا اتجر به ، وأن الربح لليتيم

ومن المعلوم تحقق هذا قبل تحقق المصداق

ويحتمل أن يكون اشارة الى أن الحكم الذي ذكره الامام عليه السلام في قوله في ص ١٨٤ : فهوضامن ، والربح لليتيم حكم واقعي ، لاإنشاء للحكم حتى يصح حمله على الاجازة الإلهية

(١) وهي صحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك

(٢) قيل في ضبطه بفتح الالف ، وسكون الشين ، وفتح الياء

وقيل : بضم الهمزة وفتح الشين

هذه سادسة الأحاديث التي استدل بها الشيخ على مدعاه : وهي صحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك

ثم إن الرواية هذه وردت في العبد المأذون في التجارة من قبل مولاه ونقلها الشهيد الثاني في شرح (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة . في الجزء ٣ . ص ٣٣١ عند ماافاد الشهيد الاول في المسألة الرابعة بقوله في ص ٣٢٩ : الرابعة لو اختلف مولى مأذون

والرواية هذه محتاجة الى التحقيق والتعليق وقد أوفينا ما كان علينا في المصدر نفسه فراجع

ـ

. . . .

- ونذكر هنا ماذكرناه هناك ، مع زيادة في التوضيح

فقبل البحث عن جوانب الحديث نذكر نص الحديث أولا ثم الشروع في فقه الحديث من تلك الجوانب . اليك نص الحديث

عن صالح بن رزين عن ابن اُشَيم عن ابي جعفر عليه السلام عن عبد لقوم مأذون له في التجارة ، دفع اليه رجل الف درهم فقال :

اشتر بها نسمة واعتقها عني ، وحج عني بالباقي ، ثم مات صاحب الالف فانطلق العبد فاشترى اباه فاعتقه عن الميت ودفع اليه الباقي يحج عن الميت ، فحج عنه ، وبلغ ذلك موالي ابيه ، ومواليه ، وورثة الميت جميعاً ، فاختصموا جميعاً في الالف

فقال موالي العبد المعتَق : إنما اشتريت اباك بمالنا .

وقال الورثة : إنما اشتريت اباك بمالنا

وقال موالي العبد : إنما اشتريت اباك بمالنا

فقال ابو جعفر عليه السلام : أما الحَجَّةُ فقد مضت بما فيها لاترد

وأما المعتَق فهو رد في الرق لموالي أبيه ، وأي الفريقين بَعدُ اقامو البينة على أنه اشترى اباه من أموالهم كان لهم رقاً

راجع (وسائل الشيعة) الجزء ١٣ . ص ٥٣ الباب ٢٥ . الحديث ١

وإنما ذكرنا الحديث بتمامه مع أنه مذكور في المتن ، لاختلاف المذكور مع مافي المصدر اختلافاً فاحشاً

والحديث منقول هنا بالمعنى كما هو ديدن الشيخ قدس سره في نقله الأحاديث حتى في نقله كلمات الأعلام

وأما وجه كون الحديث تأييداً لصحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك -

. . . .

- فلأن الدافع بعد دفعه المبلغ الى العبد المأذون للشراء ، وقبل تصرف العبد المأذون في الشراء قد مات وذهب الى ربه الجليل ، فانتقل المبلغ المدفوع الى العبد المأذون الى الوراث ، لأنه من جملة تركته شرعاً فهو للوراث

فلما اقدم العبد المأذون على الشراء واشترى اباه فقد تصرف في مال الورثة بغير اذنهم ، فالشراء كان فضولياً : لأنه لم يستأذن منهم

فبعد الاشتراء تنازع مولى العبد المأذون في العبد المشترى فقال : إنه اشترى اباه من مالي

ومولى العبد المعتَق فقال : إنه اشترى اباه من مالي

والوراث في أنه اشترى اباه من مالنا ، وتخاصموا في ذلك فذهبوا الى الامام عليه السلام جميعاً فحكم عليه السلام بذلك كما عرفت في الرواية

فادعاء الورثة أنه اشترى اباه من مالنا ، ومطالبتهم العبد المأذون في العبد المشترى دليل على أن الشراء كان بعد موت الدافع الذي كان اباً لهم فالشراء كان بمالهم الذي انتقل اليهم بعد موت ابيهم

وكذا حكم الامام عليه السلام بسماع دعوى الورثة دليل على أن العبد المأذون كان وكيلاً عن الدافع في شراء العبد ، لا أنه كان وصياً كما قيل اذ لو كان وصياً لما تسمع دعواهم

فالشراء يكون فضولياً بلا اجازة الوراث

فنفس المطالبة تدل على اجازتهم لذاك الشراء الذي اشتري بعين المال الذي دفع الى العبد المأذون ليشتري به عبداً ، وهذا المقدار من المطالبة كاف في الاجازة في الشراء ، اذ لولا كفاية ذاك المقدار لما كان مجرد دعوى الشراء بالمال ولا اقامة البينة من الورثة على دعواهم كافية في تملك المبيع وهو العبد المشترى -

* * * * * * * * * * * * *

- والى هذا المعنى اشار الشيخ بقوله : بناءً على أنه لولا كفاية الإشتراء بعين المال في تملك المبيع بعد مطالبتهم (١) المتضمنة لاجازة البيع لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال ، ولا اقامة البينة عليها كافية في تملك المبيع

فالحديث صريح في أن الشراء وقع فضولياً فيكون تأييداً لصحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك

ثم إن للسيد الطباطبائي قدس سره في تعليقته على المكاسب في ص ١٣٧ إشكالاً على هذه الرواية بقوله : فلا شهادة لها على مانحن فيه ، اى لاشهادة ولا دليل لرواية ابن أُشيم على صحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك كما ادعاها الشيخ

والظاهر أن الإشكال بعد أن عرفت ماذكرناه في غير محله

ثم إنه توجهت على الرواية أسئلة لابأس باشارة اجمالية اليها .

اليك تلك الأسئلة والجواب عنها

(منها) : أنه كيف يمكن التوفيق والجمع بين مضي الحج وصحته وبين رجوع العبد الى الرقية كما كان رقاً من بادىء الامر في قوله عليه السلام :

أما الحجّة فقد مضت بما فيها لاترد ، وأما المعتَق فهو رد في الرق فإن الجمع بين المضي ، والرقية جمع بين المتنافيين

(والجواب) أن الرقية لاتنافي النيابة في الحج فالعبد وإن رجع الى الرقية لكن حجه صحيح

(ومنها) : أنه كيف يصح سماع دعوى مولى العبد المعتَق ، وتقديم -

(١) اى بعد مطالبة الوراث العبد المأذون كما عرفت آنفاً

. . . .

ـ دعواه على دعوى مولى العبد المأذون ، وورثة الدافع عند تعارض الدعاوى الثلاث في حكم الامام عليه السلام بقوله : وأما المعتَق فهو رد في الرق مع أن رجوع العبد الى الرقية مخالف لاصول المذهب ، حيث إنه بعد أن أُعتِقَ كيف يمكن رجوعه الى الرقية الأولية ، فدعواه هذه فاسدة لاتحاد الثمن والمثمن ، لأن كلاهما ملك له ، فلا يصح شراء الانسان مال نفسه بمال نفسه

(والجواب) أن مولى العبد المعتَق إنما يدعي عدم وقوع البيع على عبده اصلاً في قبال قول المدعيَّين الآخرَين وهما :

مولى العبد المأذون ، وورثة الدافع الذَّين يدعيان وقوع البيع صحيحاً

فالنزاع يكون بين عدم وقوع البيع من اساسه كما يدعيه مولى العبد المعتَق ، وبين وقوع البيع صحيحاً كما يدعيه مولى العبد المأذون وورثة الدافع ، فالاصل الذي هو الاستصحاب يقتضي عدم وقوع البيع اصلاً ، لأنه قبل النزاع لم يكن بيع ، وبعد النزاع نشك في وقوعه فنجري استصحاب عدم الوقوع فيرجع العبد الى رقيته الأولية فلم يُشتر حتى يُعتَق فيقال : كيف يرجع الى الرقية بعد أن أُعتِق ؟

فلا تكون الرواية مخالفة لاصول المذهب ، فتقديم قول مولى العبد المعتَق يكون مطابقاً لاصول المذهب

ومن هنا يعلم أن ماأورده شيخنا الشهيد الثاني قدس سره في شرح (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة في الجزء ٣ . ص ٣٣١ على الرواية بقوله : ومخالفتها لاصول المذهب في رد العبد الى مولاه ودعواه فاسدة غير واردة حسب ماحققناه لك

فقال أبو جعفر عليه السلام : يرد المملوك رقاً لمولاه ، وأي الفريقين اقاموا البينة بعد ذلك على أنه اشتراه بماله كان رقاً له الخبر (١)،بناءً (٢) على أنه لولا كفاية الإشتراء بعين المال في تملك المبيع بعد مطالبتهم المتضمنة لاجازة البيع لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال ، ولا إقامة البينة عليها كافيةً في تملك المبيع

ومما تؤيد المطلب (٣) ايضاً صحيحة الحلبي عن الرجل يشتري ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً فكرهه ثم رده على صاحبه فابى أن يقبله إلا بوضيعة (٤)

قال: (٥) لايصلح له أن يأخذه بوضيعة ، فإن جهل فاخذه فباعه بأكثر من ثمنه يرد على صاحبه الاول مازاد (٦) ، فإن الحكم (٧) برد مازاد لاينطبق بظاهره إلا على صحة بيع الفضولي لنفسه .

---

(١) اى الى آخر الخبر ، ليس للخبر صلة حتى يقال : الى آخر الخبر

(٢) هذا تعليل لكون الرواية تأييداً لصحة عقد الفضولي

وقد عرفته عند قولنا في ص ١٩٣ : فادعاء الورثة أنه اشترى

(٣) وهو صحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك

هذه سابعة الأحاديث التي استدل بها الشيخ على مدعاه: وهي صحة عقد الفضولي

(٤) اى بنقيصة من اصل الثمن الذي اشترى به الثوب

(٥) اي الامام ابو عبدالله الصادق عليه السلام

(٦) (وسائل الشيعة) : الجزء ١٢ . ص ٣٩٢ . الباب ١٧ - الحديث ١

(٧) اى حكم الامام عليه السلام برد مازاد الى صاحب الثوب بقوله : -

ويمكن التأييد له (١) ايضاً بموثقة عبد الرحمان بن أبي عبدالله قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن السمسار (٢) يشتري بالاجر (٣) فيدفع اليه الوَرِق (٤) فيشترط عليه أنك تاتي بمانشتري فما شئتُ اخذته ، وما شئت تركته فيذهب فيشتري ثم يأتي بالمتاع

- فإن جهل فاخذه فباعه بأكثر من ثمنه يرد على صاحبه الاول مازاد

هذا تعليل لكون الصحيحة تأييداً لصحة عقد الفضولي

خلاصته أن حكم الامام عليه السلام برد مازاد الى صاحب الثوب لاينطبق ولا يصح إلا على القول بصحة عقد الفضولي ، لأن بايع الثوب لما اخذ الثوب بوضيعة من المشتري وباعه بأكثر من قيمته التي باعها على المشتري الاول كان بيعه ثانياً فضولياً ليس باجازة من المالك ،

ورده الزائد من الثمن الى صاحبه الاول ، وتمليكه له دليل على صحة بيعه الفضولي الذي باعه لنفسه ، حيث كان البايع يعتقد أن الثوب صار له بعد أن رده المشتري اليه

(١) اى لعقد الفضولي الذي يقع للمالك

(٢) بكسر السين وسكون الميم هو المتوسط بين البايع والمشتري ، ويقال له : الساعي ، الدلال . جمعه : سماسرة وسماسر ، وسماسير

(٣) اى يعطون له حق السعي ، وحق الزحمة

(٤) بفتح الواو وكسر الراء هي الدراهم المضروبة من الفضة . جمعه : أوراق ، ورِواق

فيقول (١) : خذ مارضيت ، ودع ماكرهت قال: لابأس (٢) بناء (٣) على أن الاشتراء (٤) من السمسار يحتمل أن يكون لنفسه ، ليكون (٥) الورق عليه قرضاً فيبيع على صاحب الورق مارضيه من الأمتعة ، ويوفيه دينه ولا ينافي (٦) هذا الاحتمال فرض السمسار في الرواية ممن يشتري

(١) اى السمسار يقول للذي دفع اليه الورق

(٢) المصدر نفسه . ص ٣٩٤ . الباب ٢٠ . الحديث ٢

هذه ثامنة الأحاديث التي استدل بها الشيخ لمدعاه وهي صحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك

(٣) تعليل لكون موثقة عبد الرحمان بن ابي عبدالله تأييداً لصحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك

(٤) في جميع نسخ المكاسب الموجودة عندنا حتى في تعليقة بعض المعلقين على الكتاب المصححة من قبل بعض الأفاضل هكذا :

على أن الإشتراء من السمسار

والصحيح أن يقال: على أن إشتراء السمسار ، حيث إن السائل يسأل الامام عن السمسار يشتري بالأجر فيكون الشراء لنفسه ، فلامعنى لأن يقال : الإشتراء من السمسار ، وقول الشيخ : ليكون الورق قرضاً عليه شاهد صدق على ماقلناه

(٥) اللام هنا بمعنى حتى اى حتى يكون دفع الورق الذي هي النقود من صاحبها الى السمسار بعنوان القرض

(٦) دفع وهم

حاصل الوهم : أن اشتراء السمسار لنفسه منافٍ لفرض السمسار في الرواية ممن يشتري للأجرة ، حيث إن مفهوم هذا الفرض أن السمسار إنما يشتري للآخرين ، ثم يُعطى له أجر في قبال هذا الشراء ، لا أنه يشتري لنفسه ثم يبيعه للآخرين ، اذ لو كان كذلك لما وُصِف السمسار في الرواية بأنه يشتري بالاجر

بالاجر ، لأن (١) وصفه بذلك باعتبار اصل حرفته وشغله ، لابملاحظة هذه القضية الشخصية

ويحتمل أن يكون (٢) لصاحب الورِق باذنه ، مع جعل (٣) خيار له على بائع الأمتعة فيلتزم (٤) بالبيع فيما رضي (٥) ، ويفسخه (٦) فيما كره

ويحتمل أن يكون (٧) فضوليا عن صاحب الوَرِق فيتخير (٨) ما يريد ، ويرد (٩) مايكره

وليس في مورد الرواية (١٠) ظهور في اذن صاحب الوَرِق للسمسار على وجه ينافي كونه فضولياً كما لايخفى

فاذا احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه ، وحكم الامام

---

(١) جواب عن الوهم المذكور

خلاصته : أن وصف السمسار في الرواية بأنه يشتري بالاجر لاجل اصل حرفته ومهنته ، لابملاحظة هذه القضية الشخصية

(٢) اى إشتراء السمسار

(٣) اي مع جعل السمسار خياراً لنفسه

(٤) اى السمسار

(٥) اى دافع الورِق الى السمسار

(٦) اى ويفسخ السمسار البيع لو كره دافع الورِق البيع

(٧) اى اشتراء السمسار يكون فضولياً عن صاحب الورِق من دون أن يأذن للسمسار بالشراء .

ومن هذا الاحتمال يستدل بالرواية على صحة عقد الفضولي

(٨) اى صاحب الورِق

(٩) اى صاحب الوَرِق

(١٠) اى رواية عبد الرحمان بن أبي عبدالله في سؤاله الامام عن السمسار

عليه السلام بعدم الباس ، من دون استفصال (١) عن المحتملات افاد ثبوت الحكم على جميع الاحتمالات

وربما يؤيد المطلب (٢) بالأخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد بدون اذن مولاه (٣) ، معللا بأنه لم يعص الله وإنما عصى سيده

وحاصله (٤) أن المانع من صحة العقد اذا كان لا يُرجى زواله فهو الموجب لوقوع العقد باطلا وهو عصيان الله تعالى

وأما المانع الذي يُرجى زواله كعصيان السيد فبزواله يصح العقد ،

---

(١) اى من دون أن يبين الامام عليه السلام التفصيل بين هذه الاحتمالات الثلاث ، فعدم الاستفصال افاد ثبوت الحكم : وهو صحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك

(٢) وهي صحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك

(٣) وهي المشار اليها في ص ١٣٩

هذه تاسعة الأحاديث التي استدل بها الشيخ على دعواه وهي صحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك

(لايقال) : إنه قد تقدم الاستدلال بهذه الأخبار في ص ١٣٩ فالاستدلال بها ثانياً يكون تكراراً

(فإنه يقال) : إن الاستدلال بها فما تقدم كان بالفحوى والأولوية

وهنا يستدل بها بعموم العلة المنصوصة في الرواية في قوله عليه السلام : لأنه عصى سيده ولم يعص الله ، حيث إن العلة فيها عامة تشمل النكاح وبقية العقود الواقعة فضولاً ، فلا يكون الاستدلال بها تكراراً ، فتقع المغايرة بين المقامين في الاستدلال

(٤) اى وحاصل الاستدلال بهذه الأخبار

ورضا المالك من هذا القبيل (١) فإنه لايرضى اولا ويرضى ثانياً بخلاف سخط الله عز وجل بفعل ، فإنه يستحيل رضاه

هذا غاية مايمكن أن يحتج ، ويستشهد به للقول بالصحة (٢)

وبعضها (٣) وإن كان مما يمكن الخدشة فيه ، إلا أن في بعضها الآخر غنىً وكفاية (٤)

واحتج للبطلان (٥) بالأدلة الأربعة (٦)

أما الكتاب فقوله تعالى : وَلا تَأكلُوا أموالَكُم بينكم بِالباطِلِ إلاّ أن تَكُونَ تِجارَةً عَن تَراضٍ دل بمفهوم الحصر (٧) ، أوسياق التحديد (٨) على أن غير التجارة عن تراضٍ ، أوالتجارة لاعن تراض

---

(١) اى من قبيل المانع الذى يُرجى زواله فهو كعصيان السيد في أنه قابل للزوال : من حيث إنه لم يرض أولاً ثم رضي ثانياً

(٢) اى بصحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك

(٣) اى بعض هذه الأخبار التي استدل بها لصحة عقد الفضولي وهي رواية عروة البارقي ، حيث عرفت أن عروة كان عالماً برضا الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله وسلم فيكون خارجاً عن موضوع الفضولي

(٤) اى على المطلوب وهو صحة عقد الفضولي اذا وقع للمالك

(٥) اى بطلان عقد الفضولي اذا وقع للمالك

(٦) وهو الكتاب والسنة والاجماع والعقل

(٧) وهو مفهوم الشرط المستفاد من الاستثناء وهي كلمة إلا التي حصرت جواز اكل الأموال فيما بينهم بتجارة عن تراض

فمفهومه أنه إن لم يكن هناك تجارة عن تراض فيما بينهم لايجوز اكل الأموال

(٨) وهو مفهوم الوصف وهو تقييد التجارة بتراض

فمفهومه أنه عند فقدان القيد لايجوز الا كل -

هير مبيح لاكل مال الغير وإن لحقها الرضا

ومن المعلوم أن الفضولي غير داخل في المستثنى (١)

وفيه (٢) أن دلالته (٣) على الحصر ممنوعة ، لانقطاع الاستثناء كما هو (٤) ظاهر اللفظ ، وصريح المحكي عن جماعة من المفسرين ، ضرورة عدم كون التجارة عن تراض فرداً من الباطل خارجاً عن حكمه

وأما سياق التحديد (٥) الموجب لثبوت مفهوم القيد فهو مع تسليمه (٦) مخصوص بما اذا لم يكن للقيد فائدة اخرى ككونه وارداً مورد الغالب كما فيما نحن فيه (٧)

وفي قوله تعالى : وَرَبائبكُم اللّاتي في حُجُورِكم (٨)

- وقد عرفت التحقيق عنها في الهامش ١ ص ١١٣ فراجع

(١) وهو قوله تعالى : إلاّ أن تَكُونَ تجارَةً عن تَراضٍ

(٢) اى وفي الاستدلال بمفهوم الشرط نظر وإشكال

(٣) اى دلالة مفهوم الشرط على الحصر المذكور

وقد عرفت التحقيق عن الاستثناء المنقطع في الهامش ١ص ١١٣ فراجع

(٤) اى كون الاستثناء منقطعاً هو ظاهر اللفظ

(٥) وهو الاستدلال بمفهوم الوصف

(٦) اى لانسلم أن الوصف له مفهوم كما عرفت في الهامش ١ ص ١١٣

(٧) حيث إن غالب موارد التجارة يكون عن تراض ، اذ قل ما يتفق وقوع تجارة عن غير تراض ، لأن المتعاملين بما هما مؤمنان لا يُقدمان على تجارة غير تراض فيما بينهم ، فليس فيه مفهوم

(٨) حيث إن غالب الربائب تكون في الحجور ، فليس معنى الآية الكريمة أن الربائب اللاتي تكون في غير حجور الآباء محللة عليهم

مع احتمال أن يكون عن تراضٍ (١) خبراً بعد خبر ، لتكون على قراءة نصب التجارة ، لاقيداً لها (٢) وإن كانت غلبة وصف النكرة (٣) تؤيد التقييد فيكون المعنى (٤) إلا أن يكون سبب الاكل تجارة ، ويكون عن تراض

ومن المعلوم أن السبب الموجب لحل الاكل في الفضولي إنما نشأ عن التراضي ، مع أن (٥) الخطاب للملاك الأموال، والتجارة (٦) في الفضولي إنما تصير تجارة للمالك بعد الاجازة فتجارته عن تراض

---

(١) اى الجار والمجرور في موضع النصب خبر ثان لكلمة تكون اى إلا أن يكون سبب الاكل هو التراضي الحاصل من الطرفين

(٢) اى لايكون عن تراض قيداً للتجارة حتى يكون للقيد مفهوم

(٣) اى وصف كلمة تجارة بقوله تعالى : عن تراض تؤيد كون عن تراض قيداً للتجارة فيكون للقيد مفهوم

(٤) اى على القول بكون عن تراض في محل النصب على أن يكون خبراً ثانياً لكلمة يكون

(٥) هذا ترق من الشيخ حول جملة عن تراض

وخلاصته : أنه لو تنازلنا عن القول بأن تراض خبر بعد خبر وقلنا : إنه قيد حتى يستفاد منه المفهوم، وقلنا بحجيته : لما افاد في المقام ايضاً ، لأن الآية الكريمة ﴿وَلا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ﴾ خطاب متوجه لصاحبي الأموال ومالكيها هكذا : أيها المالكون للأموال لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل .

ومن الواضح خروج الفضولي عن مصاديق الخطاب ؛ لأنه ليس بمالك لما يبيعه حتى تشمله الآية الكريمة ، والكبرى الكلية

(٦) اى ومن المعلوم ايضاً أن التجارة في الفضولي إنما تتحقق -

وقد حُكي عن المجمع (١) أن مذهب الامامية والشافعية وغيرهم أن معنى التراضي بالتجارة امضاء البيع بالتصرف ، أوالتخاير بعد العقد

ولعله (٢) يناسب ماذكرنا : من كون الظرف (٣) خبراً بعد خبر

وأما السنة (٤) فهي أخبار

(منها) : (٥) النبوي المستفيض وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم لحكيم بن حزام : لاتبع ماليس عندك (٦) فإن عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلطه على تسليمه ، لعدم املكه فيكون مساوقاً للنبوى الآخر لابيع إلا فيما يملك (٧) بعد قوله صلى الله عليه وآله وسلم:لاطلاق إلا

= وتصير تجارة للمالك بعدأن اجاز المالك العقد الصادر من الفضولي ، فاذا اجاز تكون تجارة الفضولي حينئذ عن تراض .

فبضم هاتين المقدمتين ثبت أن ما افاده المستدل على بطلان الفضولي باطل

(١) اى مجمع البيان

هو مؤلَّف شريف في تفسير القرآن المجيد على غرار (التبيان لشيخ الطائفة) قدس الله نفسه الزكية

مؤلفه امين الاسلام (الشيخ ابو علي الطبرسي) اعلى الله مقامه

يأتي شرح هذا التفسير الشريف ومؤلفه العظيم في (أعلام المكاسب)

(٢) اى ولعل ما افاده صاحب مجمع البيان

(٣) وهو قوله تعالى : عَن تَراضٍ

(٤) هذا هو الدليل الثاني للمبطلين من الأدلة الأربعة

(٥) اى من بعض تلك الاخبار

(٦) سنن الترمذي الجزء ٣ ص ٥٣٤ الباب ١٩ الحديث ١٢٣٢

وبمضمونه ورد في(وسائل الشيعة) الجزء ١٢.ص ٣٧٤ . الباب٧ الحديث ٢

(٧) (مستدركوسائل الشيعة) المجلد٣ ص ٥ . الباب ١٢ . الحديث ٥

فيما يملك ، ولا عتق إلا فيما يملك

ولما ورد في توقيع العسكري عليه السلام الى الصفار : لايجوز بيع ماليس يملك (١)

وما عن الحميرى أن مولانا عجل الله فرجه كتب في جواب بعض مسائله . أن الضيعة لايجوز ابتياعها إلا عن مالكها ، أو بأمره ، أورضاً منـــه (٢)

وما في الصحيح عن محمد بن مسلم الوارد في ارض بفم النيل (٣) اشتراها رجل وأهل الارض يقولون : هي ارضنا ، واهل الاستان(٤) يقولون : هي أرضنا

فقال : لاتشترها إلا برضا اهلها (٥)

---

(١) المصدر نفسه . الجزء ١٢ . الباب ٢ . ص ٢٥٢ . الحديث ١

(٢) المصدر نفسه . ص ٢٥٠ - ٢٥١ . الباب ١ . الحديث ٨

(٣) النيل قرية في الكوفة ، ومدينة بين بغداد وواسط
والمراد من فم النيل صدر القرية وبدايتها

(٤) اختلف في ضبط هذه الكلمة
قيل : هي بالنون مع ضم الهمزة والسين
وقيل : بضم الهمزة والسين مع الفاء اى أسناف
وقيل : مع التاء وضم الهمزة والسين اى استان
والمراد منها الكُوَر الواقعة في بغداد
وقيل : هي قرية من قرى هرات

(٥) المصدر نفسه . ص ٢٤٩ . الحديث ٣

وما في الصحيح عن محمد بن القاسم بن الفضيل في رجل اشترى من امرأة من آل فلان (١) بعض قطائعهم (٢) وكتب عليها كتابا قد قبضت المال ولم نقبضه فيعطيها المال أم يمنعها ؟

قال : قل له : ليمنعها أشد المنع ، فإنها باعت مالم تملكه (٣)

والجواب عن النبوي (٤) أولا : أن الظاهر من الموصول (٥) هي العين الشخصية، للاجماع والنص على جواز بيع الكلي ، ومن (٦) البيع البيع لنفسه ، لا (٧) عن مالك العين .

---

(١) اى من بني عباس

(٢) جمع قطيعة وهي عَلَم لما لا ينقل من المال كالقرى والأراضي والأبراج ، والحصون

وتطلق على قطعة من ارض الخراج ، والاقطاع إعطاء الامام قطعة من الارض وغيرها

(٣) المصدر نفسه . الحديث ٢٥ ، هذا آخر الأحاديث وهي ستة

(٤) اى النبوي الاول المروي عن حكيم بن حزام

(٥) اى كلمة ما الموصولة الواقعة في قوله صلى الله عليه وآله وسلم: لاتبع ماليس عندك

(٦) اى الظاهر من البيع في قوله صلى الله عليه وآله وسلم : لاتبع هو البيع لنفسه ، فإن هذا البيع ممنوع

(٧) اى وليس المراد من قوله صلى الله عليه وآله وسلم : لاتبع ماليس عندك البيع للمالك كما هو المفروض في البحث ، فإن الكلام في أن يبيع الفضولي للمالك بدون سبق منع .

وحينئذ (١) فإما أن يراد بالبيع مجرد الإنشاء فيكون دليلاً على عدم جواز بيع الفضولي لنفسه فلا يقع له ، ولا للمالك بعد اجازته

وإما أن يراد ماعن التذكرة من أن يبيع (٢) عن نفسه ثم يمضي ليشتريه من مالكه

قال (٣) : لأنه صلى الله عليه وآله وسلم ذكره جواباً لحكيم بن حزام ، حيث سأله عن أن يبيع الشيء فيمضي ويشتريه ويسلمه ؟ فإن هذا البيع (٤) غير جائز ، ولا نعلم فيه (٥) خلافاً ، للنهي المذكور (٦) ، وللغرر (٧)

---

(١) اى وحين أن كان المراد من عدم جواز بيع ماليس عندك هو البيع لنفسه

(٢) اى الفضولي

(٣) اى العلامة في التذكرة قال : الدليل على أن المراد من عدم جواز بيع ماليس عندك هو بيع الفضولي عن نفسه ثم يمضي الى المالك ليشتريه منه : قوله صلى الله عليه وآله وسلم في جواب حكيم بن حزام لما سأله عن أن يبيع شيئاً فيمضي فيشتريه ، فإن الجواب يكون طبقاً للسؤال .

وليس المراد أنه لايجوز بيع ماليس عندك حتى عن المالك

(٤) وهو البيع عن نفسه ثم يمضي الى المالك فيشتريه منه

(٥) اى في مثل هذا البيع

(٦) وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم : لاتبع ماليس عندك

(٧) هذا دليل ثان لعدم وقوع البيع المذكور اذا كان عن نفسه -

لأن صاحبها قد لايبيعها انتهى (١)

وهذا المعنى (٢) يرجع الى المراد من روايتي خالد ويحيى الآتيتين في بيع الفضولي لنفسه ، ويكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبايع بمجرد انتقاله اليه بالشراء فلا ينافي اهليته (٣) لتعقب الاجازة من المالك .

وبعبارة اخرى نهي (٤) المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثراً في حقه (٥) فلا يدل (٦) على الغائه بالنسبة الى المالك حتى لاتنفعه اجازة المالك في وقوعه له

وهذا المعنى (٧) أظهر من الاول (٨)

- ثم يمضي الى المالك فيشتريه منه ، اذ الدليل الاول هو النهي المذكور اى عدم الجواز لأجل الغرر وهي الجهالة اذ ربما لايوافق المالك فالمشتري يكون جاهلاً بالموضوع وهو لايصح ، لأنه لو كان عالماً بالواقع لما أقدم على مثل هذا الشراء

(١) اى انتهى ما افاده العلامة في التذكرة

راجع (تذكرة الفقهاء) من طبعتنا الحديثة . الجزء ٧ .

(٢) وهو الذي أفاده العلامة في التذكرة واشرنا اليه في الهامش ٣ ص ٢٠٧

(٣) اى أهلية البيع الصادر عن العاقد الفضولي لنفسه بتعقبه الاجازة من المالك ، ووقوعه له ، لا للعاقد

(٤) وهي نهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم حكيم بن حزام

(٥) اى في حق العاقد

(٦) اى النهي المذكور لايدل على عدم وقوع البيع بالمرة حتى للمالك بعد اجازته للبيع ووقوعه له

(٧) وهو المعنى الثاني الذي ذكره العلامة وذكرناه في الهامش ٧ ص ٢٠٧

(٨) وهو الذي ذكره الشيخ بقوله في ص ٢٠٧ : فإما أن يراد بالبيع

ونحن نقول به (١) كما سيجيء

وثانياً سلمنا (٢) دلالة النبوي على المنع ، لكنها بالعموم فيجب تخصيصه بما تقدم من الأدلة الدالة على تصحيح بيع ماليس عند العاقد لمالكه اذا اجاز (٣)

وبما ذكرناه : من الجوابين (٤)

---

(١) اى ونحن نعترف بعدم صحة البيع بالمعنى الثاني الذي ذكرناه عن العلامة

(٢) اى لو سلمنا على ان النبوي الأول المذكور في ص ٢٠٤ يدل على منع بيع ماليس عندك مطلقا حتى بالنسبة الى المالك ، وتنازلنا عن المعنى الاول المراد من لاتبع

لكن نقول دلالة النبوي على ذلك بالعموم فيجب تخصيصه بالعمومات المتقدمة :

وهي رواية عروة البارقي المشار اليها في ص ١٦٤

ورواية محمد بن قيس المشار اليها في ص ١٦٩

وفحوى صحة عقد النكاح من الفضولي المشار اليها في ص ١٣٩

وموثقة جميل المشار اليها في ص ١٨٤

وروايات الاتجار بمال اليتيم المشار اليها في الهامش ٣ ص ١٨٨

ورواية ابن اشيم المشار اليها في ص ١٩١

وصحيحة الحلبي المشار اليها في ص ١٩٦

وموثقة عبد الرحمان بن عبدالله المشار اليها في ص ١٩٧

والروايات الدالة على عدم فساد النكاح المشار اليها في الهامش ٤ ص ١٣٩

(٣) اى المالك الذي وقع العقد له فضولاً

(٤) وهما : قوله في ص ٢٠٧ : فإما أن يراد بالبيع مجرد الإنشاء وقوله في ص ٢٠٧ : وإما مايراد عن التذكرة : من أن يبيع عن نفسه

يظهر الجواب عن دلالة قوله :(١) لابيع إلا في ملك ، فإن الظاهر منه (٢) كون المنفي هو البيع لنفسه ، وأن النفي راجع الى نفي الصحة في حقه لافي حق المالك ، مع (٣) أن العموم لو سلم وجب تخصيصه بما دل على وقوع البيع للمالك اذا اجاز .

وأما الروايتان (٤) فدلالتهما على ماحملنا عليه السابقين (٥) أوضح وليس فيهما مايدل ولو بالعموم على عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك له اذا اجاز

وأما الحصر (٦) في صحيحة ابن مسلم

---

(١) اى النبوي الثاني : لابيع إلا فيما يملك المشار اليه في ص ٢٠٤ :

(٢) اى الظاهر من هذا النبوي الثاني أن المراد من نفي البيع في قوله صلى الله عليه وآله وسلم : لابيع إلا فيما يملك هو البيع لنفسه ، لاللمالك وأن النفي الواقع راجع الى نفي صحة البيع الصادر في حقه ، لافي حق المالك كما فيما نحن فيه ، حيث وقع للمالك

(٣) هذا ترق من الشيخ اى لو سلمنا وتنازلنا عن أن المراد من النفي هو العموم حتى للمالك فحينئذ يجب تخصيص هذا العموم بالأخبار الواردة التي اشرنا اليها في الهامش ٢ ص ٢٠٩ التي تنص على وقوع العقد للمالك اذا وقع فضولا ثم اجاز

(٤) وهما : توقيع الامام العسكري عليه السلام ، ورواية الحميري المشار اليهما في ص ٢٠٥

(٥) وهما : النبوي المروي عن حكيم بن حزام
والنبوي الثاني المشار اليهما في ص ٢٠٤

(٦) اى وأما الجواب عن الحصر الواقع في صحيحة محمد بن مسلم في ص ٢٠٥ وهو قوله عليه السلام : لاتشترها إلا برضا اهلها

والتوقيع (١) فإنما هو في مقابلة عدم رضا اهل الارض والضيعة رأساً على مايقتضيه السؤال (٢) فيها

وتوضيحه (٣) أن النهي في مثل المقام وإن كان يقتضي الفساد إلا أنه بمعنى عدم ترتب الاثر المقصود من المعاملة عليه

ومن المعلوم أن عقد الفضولي لايترتب عليه بنفسه الملك المقصود منه ولذا (٤) يطلق عليه الباطل في عباراتهم كثيراً ، ولذا (٥) عد في الشرائع والقواعد من شروط المتعاقدين : اعني شروط الصحة كون العاقد مالكاً أو قائماً مقامه

---

(١) اي وأما الجواب عن الحصر الواقع في توقيع الامام الحجة المنتظر عجل الله تعالى فرجه الشريف : لايجوز إبتياعها إلا عن مالكها أو بامره ، أو برضاً منه المشار اليه في ص ٢٠٥

(٢) حيث يقول اهل الأرض : هي ارضنا ، وأهل الاستان : هي من ارضنا ، فإن هذا القول يدل على أنهم ما كانوا راضين بالبيع اصلاً وراساً حتى لو استجيزوا لما اجازوا

(٣) اى وتوضيح أن الحصر الواقع في صحيحة محمد بن مسلم ، وتوقيع مولانا الحجة المنتظر عجل الله تعالى فرجه الشريف يراد منه في مقابل عدم رضا اهل الضيعة والارض رأساً ، وليس في مقابل العقد الواقع للمالك مترقباً الاجازة منه فاجاز : هو النهي الوارد في قوله عليه السلام في صحيحة محمد بن مسلم : لاتشترها إلا برضا أهلها .

وفي قوله عجل الله تعالى فرجه الشريف : لايجوز ابتياعها إلا عن مالكها

(٤) اى ولاجل أن عقد الفضولي لايترتب عليه بنفسه الملك المقصود منه

(٥) اى ولاجل أنه تطلق على عقد الفضولي كلمة الباطل في عبارات الفقهاء كثيراً

وإن ابيت إلا عن ظهور الروايتين (١) في لغوية عقد الفضولي رأساً وجب تخصيصهما بما تقدم من أدلة الصحة (٢)

وأما رواية القاسم بن فضيل (٣) فلا دلالة فيها إلا على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولي ، لأنه باع مالا يملك

وهذا (٤) حق لاينافي صحة الفضولي

وأما توقيع الصفار (٥) فالظاهر منه نفي جواز البيع فيما لايملك بمعنى وقوعه للبائع على جهة الوجوب واللزوم

ويؤيده (٦) تصريحه عليه السلام بعد تلك الفقرة بوجوب البيع

---

(١) وهما : توقيع الامام العسكري عليه السلام للصفار ، ورواية الحميري المشار اليهما في ص٢٠٥

(٢) وهي التي اشرنا اليها في ص١٨٤

(٣) وهي المشار اليها في ص ٢٠٦

(٤) وهو أن عدم جواز اعطاء الثمن للفضولي لاينافي صحة عقد الفضولي

(٥) وهو توقيع الامام العسكري عليه السلام اليه

(٦) اى هذا الظاهر الذي قلناه في توقيع الامام العسكري عليه السلام الى الصفار : من أن المراد من نفي جواز البيع فيما لايملك هو عدم وقوعه للبايع على نحو الوجوب واللزوم يؤيده صريح قوله عليه السلام بعد جملة لايجوز بيع ماليس يملك : وقد وجب الشراء من البايع على مايملك ، فإن جملة وقد وجب تدل على ماقلناه : من الظاهرة : وهي عدم وقوع العقد للبايع على نحو الوجوب واللزوم

-

فيما يملك ، فلا دلالة (١) على عدم وقوعه لمالكه اذا اجاز

وبالجملة فالانصاف أنه لادلالة في تلك الأخبار (٢) بأسرها على عدم وقوع بيع غير المالك للمالك اذا اجاز . ولا تعرض فيها إلا لنفي وقوعه للعاقد

(الثالث) (٣) : الاجماع على البطلان ادعاه الشيخ في الخلاف معترفاً بأن الصحة مذهب قوم من أصحابنا ، معتذراً عن ذلك بعدم الاعتداد بخلافهم

وادعاه ابن زهرة ايضاً في الغنية

وادعى الحلي في باب المضاربة عدم الخلاف في بطلان شراء الغاصب اذا اشترى بعين المغصوب .

(والجواب) عدم الظن بالاجماع ، بل الظن بعدمه بعد ذهاب معظم القدماء كالقديمين ، والمفيد والمرتضى والشيخ بنفسه في النهاية التي هي آخر مصنفاته على ما قيل ، وأتباعهم على الصحة ، وأتباع المتأخرين عليه ، عدا فخر الدين ، وبعض متأخري المتأخرين (٤)

- راجع حول الجملة المذكورة (وسائل الشيعة) الجزء ١٢ ص ٢٥٢ الباب ٢ . الحديث ١

(١) اى لقوله عليه السلام في توقيعه للصفار : لايجوز بيع ماليس يملك على عدم وقوع البيع للمالك بعد اجازته

(٢) وهي النبوي الاول والثاني ، وتوقيع الامام العسكري عليه السلام ورواية الحميري ، وصحيحة محمد بن مسلم ، وصحيحة محمد بن القاسم المذكورة في ص ٢٠٤ ـ ٢٠٥

(٣) اى من أدلة القائلين ببطلان العقد الصادر من الفضولي

(٤) كالمحقق الاردبيلي قدس سره

(الرابع) : (١) مادل من العقل والنقل على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا باذنه ، فإن الرضا اللاحق لاينفع في رفع القبح الثابت حال التصرف ففي التوقيع المروي في الاحتجاج : لايجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا باذنه (٢) ، ولا ريب أن بيع مال الغير تصرف فيه عرفاً (٣)

(والجواب) : أن العقد على مال الغير متوقعاً لاجازته غير قاصد لترتب الآثار عليها ليس تصرفا فيه

نعم لو فرض كون العقد علة تامة ولو عرفاً لحصول الآثار كما في بيع المالك ، أو الغاصب المستقل كان حكم العقد (٤) جوازاً ومنعاً حكم معلوله المترتب عليه

---

(١) اى من أدلة القائلين ببطلان عقد الفضولي

المقصود من الدليل الرابع تشكيل قياس منطقي من الشكل الأول هكذا :

الصغرى : العقد الفضولي تصرف في مال الغير

الكبرى : وكل ما كان تصرفاً في مال الغير فهو قبيح وحرام عقلاً وشرعاً

النتيجة : فالعقد الفضولي قبيح وحرام ، لأنه تصرف في مال الغير

(٢) الاحتجاج . الجزء ٢ . ص ٢٩٩ . طباعة مطبعة النعمان عام ١٣٨٦ وفي المصدر : لايحل

(٣) مقصود الشيخ من الجواب هذا منع الصغرى : بمعنى أن العقد الصادر من الفضولي للمالك مترقباً صدور الاجازة منه ليس من أفراد تلك الكبرى الكلية المانعة عن التصرف في مال الغير حتى يكون قبيحاً

(٤) اى حكم عقد الفضولي من حيث الوقوع ، وعدم الوقوع كان مثل حكم معلوله الذي هو النقل والانتقال المترتب على العقد جوازاً ومنعاً

ثم لو فرض (١) كونه تصرفاً فمما استقل العقل بجوازه مثل الاستضاءة والاصطلاء بنور الغير وناره

مع (٢) أنه قد يفرض الكلام فيما اذا علم الاذن في هذا من المقال أو الحال بناءً (٣) على أن ذلك لايخرجه عن الفضولي

مع (٤) أن تحريمه

---

(١) هذا تنازل من الشيخ عما افاده : من أن العقد على مال الغير متوقعاً لاجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليه ليس تصرفاً فيه

وخلاصته على فرض كون هـذا النوع من التصرف تصرفاً في مال الغير ، لكنه عد من التصرفات الجائزة ، لاستقلال العقل بجواز هذا النوع من التصرف فهو من قبيـــل الاستضاءة بنور سراج الغير ، والإصطلاء بنار عمرو

فكما أن هذه الاستضاءة ، والاصطلائة جائزتان عند العقل ولا يراهما قبيحاً وتصرفاً في مال الغير

كــذلك مانحن فيه ، فإن التصرف فيه بنحو المذكور ليس تصرفاً قبيحاً .

(٢) اى بالاضافة الى أننا نفرض الكلام في العاقد الفضولي الذى عقد وكان عالماً بالاذن من المالك بواسطة القرائن المقالية ، أو الحالية

(٣) اى الفرض المذكور مبني على أن العلم بالاذن لايخرج هــذا الفضولي عن مفهوم الفضولي ومصاديقه

وأما في صورة الخروج عنه فلا مجال للبحث عنه .

(٤) هذا جواب آخر عما افاده القائل ببطلان عقد الفضولي بادعاء أنه تصرف في مال الغير ، وقد ثبت قبحه عقلاً ونقلاً -

لايدل على الفساد ، مع (١) أنه لو دل لدل على بطلان البيع : بمعنى عدم ترتب الاثر عليه ، وعدم استقلاله (٢)

- وخلاصته : أن النهي الوارد وإن دل على حرمة التصرف في مال الغير ، إلا أن الحكم التكليفي لايدل على الحكم الوضعي الذي هو الفساد

(١) هذا ترق عما افاده الشيخ : من عدم دلالة الحكم التكليفي على الحكم الوضعي

وخلاصته : أنه لو تنازلنا عن مقالتنا ، وسلمنا أن الحكم التكليفي يدل على الحكم الوضعي

لكن نقول : إن المراد من الفساد هو عدم ترتب الآثار التي هي معنى الاسم المصدري وهو النقل والانتقال بالاستقلال ، ومن دون مراجعة المالك في الاستجازة منه

ومن المعلوم أن القائل بصحة عقد الفضولي لايقول بصحة مثل هذا البيع الفضولي ، ولا ينكر بطلانه ، ولا سيما على القول بكون الاجازة ناقلة

ولا يخفى أنه لو قلنا : إن العقد في الفضولي جزء السبب في انتقال المال الى المشتري ، وأن الجزء الآخر هو الرضا ، وقلنا : إن النهي يدل على الفساد فلا محالة يدل على فساد متعلقه الذي هو ترتب الاثر الذي كان يترتب على العقد لولا النهي ، لأن لازم القول بدلالة النهي على الفساد عدم صلاحية صيرورة العقد جزء السبب ، فاذا فقدت الجزئية فلايبقى مجال للجزء الآخر المتعقب وهي الاجازة اللاحقة

نعم ترتب الاثر على عقد الفضولي إنما يصح لو قلنا : إن العقد سبب تام ، وعلة مستقلة له

(٢) اى وعدم استقلال مثل هذا البيع في ترتب الاثر كما عرفت آنفاً

في ذلك ، ولا ينكره (١) القائل بالصحة، خصوصاً اذا كانت الاجازة ناقلة

ومما ذكرنا (٢) ظهر الجواب عما لو وقع العقد من الفضولي قاصداً لترتيب الاثر من دون مراجعة المشتري (٣) ، بناءً على أن العقد المقرون بهذا القصد (٤) قبيح محرم ، لانفس القصد المقرون بهذا (٥) العقد

وقد يستدل للمنع (٦) بوجوه أُخر ضعيفة أقواها أن القدرة على التسليم معتبرة في صحة البيع ، والفضولي غير قادر ، وأن الفضولي غير قاصد حقيقة الى مدلول اللفظ كالمكره كما صرح في المسالك

---

(١) اى ولاينكر القائل بصحة البيع الفضولي بطلان مثل هذا النوع من عقد الفضولي

(٢) وهو أن المراد من البطلان على القول بدلالة الحكم التكليفي على الحكم الوضعي هو عدم ترتب الآثار على هذا البيع ، وعدم استقلاله في ترتب الاثر

وجه ظهور الجواب : هو أن القصد المذكور يكون موجبا لبطلان البيع كما عرفت ذلك في الهامش ١ ص ٢١٦

(٣) الظاهر أن الصواب أن يقال : المالك ، اذ لادخل للمشتري في ذلك فهو اجنبي عن المراجعة اليه

(٤) وهو قصد العاقد ترتيب الاثر على عقده مستقلاً ومن دون مراجعة المالك

(٥) وهو الصادر من العاقد الفضولي قاصداً ترتب الآثار عليه من دون مراجعة المالك ، لعدم قبح العقد حينئذ ، وعدم كونه منهياً عنه حتى يدل على الفساد لو قلنا : إن الحكم التكليفي يدل على الحكم الوضعي

(٦) اى لمنع صحة عقد الفضولي الواقع للمالك مع سبق نهي منه

ويضعف الاول (١) مضافاً الى أن الفضولي قد يكون قادراً على إرضاء المالك : بأن (٢) هذا الشرط غير معتبر في العاقد قطعاً

بل يكفي تحققه (٣) في المالك فحينئذ (٤) يشترط في صحة العقد مع الاجازة قدرة المجيز على تسليمه ، وقدرة المشتري على تسلمه على ماسيجيء

ويضعف الثاني (٥) :بأن المعتبر في العقد هو هذا القدر من القصد الموجود في الفضولي ، والمكره لا ازيد منه بدليل الاجماع على صحة نكاح الفضولي ، وبيع المكره بحق ، فإن دعوى عدم اعتبار القصد في ذلك (٦) للاجماع كما ترى

(المسألة الثانية) (٧) :أن يسبقه (٨) منع من المالك

---

(١) وهو عدم قدرة الفضولي على التسليم الى المشتري ، حيث إن اجازة المالك لم تصدر بعد

(٢) الباء بيان لوجه تضعيف الدليل الاول

(٣) اى تحقق الشرط الذي هو القدرة على التسليم

(٤) اى حين أن قلنا بكفاية تحقق القدرة على التسليم في المالك

(٥) وهو أن الفضولي غير قاصد حقيقة الى مدلول اللفظ فهو كالمكره والباء في بأن بيان لوجه تضعيف الدليل الاول

(٦) اى في الفضولي ، والمكره بحق

(٧) اى من المسائل الثلاث التي ذكرها المصنف في ص ١٦١ بقوله : فهاهنا مسائل ثلاث

(٨) اى يسبق العاقد الفضولي الذي يبيع للمالك

والمشهور ايضاً صحته (١) وحُكي عن فخر الدين أن بعض المجوزين للفضولي اعتبر عدم سبق نهي المالك (٢)

ويلوح اليه (٣) ماعن التذكرة في باب النكاح من حمل النبوي ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر (٤) بعد تضعيف السند على أنه (٥) إن نكح بعد منع مولاه وكراهته ، فإنه يقع باطلاً

والظاهر أنه لايفرق بين النكاح ، وغيره

ويظهر (٦) من المحقق الثاني ، حيث حمل فساد بيع الغاصب (٧)، نظراً

---

(١) اى صحة هذا العقد الصادر من الفضولي وإن سبقه منع من المالك كما قالوا بصحة المسألة الاولى التي باع الفضولي للمالك ولم يسبقه منع من المالك

(٢) فظاهر هذا الكلام عدم صحة هذا العقد الصادر من الفضولي مع سبق منع من المالك

(٣) اى الى ماحُكي عن فخر المحققين : من أن بعض المجوزين للفضولي اعتبر في صحته عدم سبق نهى من المالك

(٤)سنن الترمذي الجزء ٣ص ٤١٩- ٤٢٠ الباب ٢١الحديث ١١١١ -١١١٢

(٥) الجار والمجرور متعلق بقوله : من حمل النبوي اى العلامة في التذكرة حمل النبوي المذكور على أن نكاح العبد بعد منع مولاه وكراهته له باطل

(٦) اى ماحُكي عن فخر المحققين : من أن بعض المجوزين للفضولي اعتبر في صحته عدم سبق نهي من المالك : يظهر من المحقق الثاني ايضاً

وجه الظهور : أن البايع الفضولي للمالك مع سبق منع منه يكون غاصباً فيحمل بيعه على الفساد ، لوجود القرينة الحالية على ذلك وهو الغصب

(٧) في جميع نسخ المكاسب الموجودة عندنا هذه العبارة هكذا : =

الى القرينة الدالة على عدم الرضا وهي الغصب

وكيف كان فهذا القول (١) لاوجه له ظاهراً ، عدا تخيل أن المستند في عقد الفضولي هي رواية عروة المختصة بغير المقام (٢) ، وأن العقد اذا وقع منهياً عنه فالمنع الموجود بعد العقد ولو آنا ما كافٍ في الرد فلا ينفع الاجازة اللاحقة ، بناءً على أنه لايعتبر في الرد سوى عدم الرضا الباطني بالعقد على مايقتضيه حكم بعضهم بأنه (٣) اذا حلف الموكل على نفي الاذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد ، لأن الحلف عليه امارة عدم الرضا

هذا ، ولكن الأقوى عدم الفرق (٤) ، لعدم انحصار المستند حينئذ في رواية عروة (٥) ،

ـ حيث حمل فساد بيع الغاصب

والصحيح أن تكون هكذا : حيث حمل بيع الغاصب على الفساد

(١) وهو بطلان المسألة الثانية ، لاشتراط بعض المجوزين لصحة عقد الفضولي عدم سبق نهى من المالك

(٢) وهو سبق النهي من المالك في المسألة الثانية

(٣) الباء بيان لكيفية حكم بعض الفقهاء

(٤) من هنا يريد الشيخ أن يبدي نظره حول المسألة الثانية : وهي بيع العاقد الفضولي للمالك مع سبق منع منه

اى عدم الفرق بين المسألة الاولى التي باع الفضولي للمالك من دون سبق نهي منه

وبين المسألة الثانية التي باع للمالك مع سبق نهي منه

(٥) بل هناك روايات اخرى كما اشير اليها في ص ١٦٩ ـ ١٧٦ ـ ١٨٤ ـ ١٨٨ ـ ١٩١ ـ ١٩٦ ـ ١٩٧ ، فلا يبقى في المقام سوى الرجوع الى أصالة الفساد ـ

وكفاية العمومات (١)

مضافاً (٢) الى ترك الاستفصال في صحيحة محمد بن قيس، وجريان (٣) فحوى أدلة نكاح العبد بدون اذن مولاه

- وهذا مردود بالعمومات الناطقة بصحة العقود الشاملة للمسألة الثانية

(١) المراد منها الروايات المتقدمة التي اشرنا اليها في الهامش٥ ص٢٢٠

(٢) اى ولنا دليل آخر على صحة المسألة الثانية : وهو أن مولانا (أمير المؤمنين) عليه الصلاة والسلام لم يستفصل في صحيحة محمد بن قيس المشار اليها في ص ١٦٩ عندما حكم لمولى الوليدة باخذه الوليدة وابنها بين نهي المولى ولده عن بيع امته ، وبين عدم نهيه عند ما اراد المولى السفر

فالدليل عام يشمل ما نحن فيه : وهو بيع الفضولي للمالك مع سبق نهي منه

(٣) بالجر عطفا على مجرور (الى الجارة) في قوله : الى ترك الاستفصال اى وبالاضافة الى جريان فحوى أدلة نكاح العبد بدون اذن مولاه

هذا دليل آخر لصحة عقد الفضولي مع سبق منع من المالك

وخلاصته أن الأولوية المستفادة من الأخبار الواردة في صحة نكاح العبد بدون اذن مولاه تدل على صحة عقد الفضولي وإن ورد منع من المالك فيه ، فإن النكاح مع أن الشارع قد احتاط فيه أشد الاحتياط اذا صح فيه فضولاً بعد اجازة المولى ورضاه فبطريق أولى يصح الفضولي في سائر العقود وإن سبق فيها منع

وقد عرفت تلك الأخبار في الهامش ٤ ص ١٧٦-١٧٧

(لايقال) : الكلام في سبق المنع من المالك ، وفي النكاح الواقع بدون اذن مولاه ليس فيه منع حتى يستدل بفحوى تلك الأدلة على صحة عقد الفضولي وإن سبق من المالك منع -

مع ظهور المنع فيها (١) ولو بشاهد الحال بين الموالي والعبيد

مع أن رواية اجازته صريحة في عدم قدح معصية السيد (٢) حينئذ

مع (٣) جريان المؤيدات المتقدمة : له من (٤) بيع مال اليتيم والمغصوب (٥) ، ومخالفة العامل لما اشترط عليه رب المال (٦) الصريح في منعه عما عداه

وأما (٧) ماذكره : من المنع الباقي بعد العقد ولو آناًما فلم يدل دليل

= (فإنه يقال) : إن أدلة النكاح ظاهرة في المنع وان كان الظهور بسبب شاهد الحال بين المولى والعبد ، حيث إن الغالب من المولى منع عبده عن الازدواج بدون اذنه واطلاعه

(١) اى مع ظهور المنع من المولى في نكاح العبد في أدلة نكاحه كما عرفت آنفاً

(٢) في قوله عليه السلام : إنه عصى سيده ولم يعص الله المشار اليه في ص ١٣٩ ، فمعصية العبد لمولاه غير قادحة في العقد بعد صدور الاجازة من مولاه

(٣) هذا دليل آخر على صحة عقد الفضولي وإن سبقه منع من المالك وهو جريان المؤيدات المتقدمة

(٤) كلمة من بيان لجريان المؤيدات المتقدمة ، وقداخذ الشيخ في عدها

والمراد من بيع مال اليتيم هو الأخبار الواردة في الإتجار بمال اليتيم لغير الولي المشار اليها في ص ١٨٨

(٥) المراد منه صحيحة محمد بن قيس المشار اليها في ص ١٦٩

(٦) المراد منه موثقة جميل المشار اليها في ص ١٨٤

(٧) من هنا شرع في رد من قال ببطلان بيع الفضولي للمالك =

على كونه فسخاً لاينفع بعده الاجازة

وما (١) ذكره في حلف الموكل غير مسلّم ، ولو سلم فمن جهة ظهور الإقدام على الحلف على ما انكره في رد البيع ، وعدم تسليمه له

ومما ذكرنا (٢) يظهر وجه صحة عقد المكرَه بعد الرضا ، وأن كراهة المالك حال العقد ، وبعد العقد لاتقدح في صحته اذا لحقه الاجازة

(المسألة الثالثة) : (٣) أن يبيع الفضولي لنفسه وهذا غالباً يكون في بيع الغاصب

وقد يتفق من غيره بزعم ملكية المبيع كما في مورد صحيحة الحلبي المتقدمة (٤) في الإقالة بوضيعة

= مع سبق منع منه ، اي وأما ماذكره المستدل على البطلان في قوله : في ص ٢٢٠ فالمنع الموجود بعد العقد ولو آناًما

(١) اى وأما ما ذكره المستدل على البطلان

هذا رد على ما أفاده المستدل بقوله في ص ٢٢٠ : بأنه لوحلف الموكل على نفي الاذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد

وخلاصته : أن الفسخ المذكور ممنوع غير مسلّم ، لأنه قد يكون غرض الموكل من الحلف مجرد نفي الوكالة عليه خاصة ، فلا يكون مجرد الحلف موجباً للفسخ وإن كان صادراً باذنه وتوكيله واقعاً

(٢) وهو أن الرضا اللاحق موجب لصحة العقد وإن وقع فضولاً

(٣) اى من المسائل الثلاث التي ذكرها المصنف بقوله في ص: ١٦١ فهاهنا مسائل ثلاث

(٤) حيث إن البائع قد اعتقد أن المشتري لما ارجعه الثوب اليه قد رده عليه بوضيعة فالثوب اصبح ملكاً له

والأقوى فيه (١) الصحة وفاقاً للمشهور ، للعمومات المتقدمة (٢) بالتقريب المتقدم ، وفحوى (٣) الصحة في النكاح ، وأكثر ماتقدم (٤) من المؤيدات ، مع ظهور صحيحة ابن قيس المتقدمة (٥)

ولا وجه للفرق بينه (٦) ، وبين ماتقدم من الفضولي للمالك إلا وجوه تظهر من كلمات جماعة بعضها مختص ببيع الغاصب

---

(١) اى في بيع العاقد الفضولي لنفسه

(٢) وهي رواية عروة البارقي المشار اليها في ص ١٦٤

وآية أَوفوا بِالعقُود المشار اليها في الهامش ٢ ص ١٥٧

وآية إلاّ أن تَكُونَ تِجارَةً عَن تَراضٍ المشار اليها في ص ١٥٧

وقوله عليه السلام في ص ١٥٨ : لا يَحِلُّ مال امرءٍ مسلم إلاّ عن طيب نفسه

(٣) اى ولفحوى صحة نكاح الفضولي في الحر والعبد المشار اليها في ص ١٧٧

(٤) اى ولاكثر ما تقدم من المؤيدات : وهي موثقة جميل المشار اليها في ص ١٨٤

وبالأخبار الواردة في جواز الاتجار بمال اليتيم لغير الولي المشار اليها في ص ١٨٨

وبرواية ابن اشيم المشار اليها في ص ١٩١

وصحيحة الحلبي المشار اليها في ص ١٩٦

وبموثقة عبد الرحمان بن عبدالله المشار اليها في ص ١٩٧

(٥) المشار اليها في ص ١٦٩

(٦) اى بين بيع الفضولي لنفسه

وبعضها مشترك بين جميع صور المسألة (١)

(منها) (٢) : اطلاق ماتقدم من النبويين : لاتبع ماليس عنــدك ولا بيع إلا في ملك (٣) ، بناءً على اختصاص مورد الجميع ببيــع الفضولي لنفسه (٤)

(والجواب) عنه يعرف مما تقدم : من أن مضمونهما (٥) عدم وقوع بيع غير المالك لبائعه غير المالك ، بلا تعرض فيهما لوقوعه ، وعدمه بالنسبة الى المالك اذا اجاز

(ومنها) : (٦) بناء المسألة (٧) على ماسبق : من اعتبار عدم سبق

---

(١) وهي المسائل الثلاث التي ذكرها الشيخ في تصوير عقد الفضولي

(٢) اى من بعض تلك الوجوه الواردة على صحة بيع الفضولي لنفسه

(٣) المشار اليهما في ص٢٠٤ ، حيث إن النبويين مطلقان يشملان بيع الفضولي للمالك ، ولنفسه

(٤) وجه التقييد باختصاص مورد الجميع ببيع الفضولي لنفسه هو عدم جواز إخراج المورد عن الاطلاق ، لشموله له لامحالة

بخلاف غير المورد كما في بيع الفضولي للمالك ، فإنه يمكن إخراجــه عن تحت اطلاق المنع المذكور بما دل على صحته ، فهذا هو الفارق بين القسمين :

وهما : بيع الفضولي للمالك ، فإن الاطلاق لايشمله

وبيع الفضولي لنفسه ، فإن الإطلاق يشمله

(٥) اى مضمون الحديثين النبويين

(٦) اى ومن بعض تلك الوجوه الواردة على عــدم صحة بيع الفضولي لنفسه

(٧) وهي مسألة بيع الفضولي لنفسه

منع المالك

وهذا (١) غالباً مفقود في المغصوب

وقد تقدم (٢) عن المحقق الكركي أن الغصب قرينة عدم الرضا

وفيه (٣) اولا أن الكلام في الأعم من بيع الغاصب

(وثانياً) : أن الغصب امارة عدم الرضا بالبيع للغاصب ، لامطلقا (٤) فقد (٥) يرضى المالك ببيع الغاصب ، لتوقع الاجازة ، وتملك الثمن فليس في الغصب دلالة على عدم الرضا باصل البيع ، بل الغاصب وغيره من هذه الجهة سواء

(وثالثاً) : قد عرفت (٦) أن سبق منع المالك غير مؤثر

(ومنها) : (٧) ، أن الفضولي اذا قصد الى بيع مال الغير لنفسه فلم يقصد حقيقة المعاوضة (٨)، اذ لايعقل دخول احد العوضين في ملك من

---

(١) اى عدم سبق منع من المالك مفقود في الغاصب ، فإن الغاصب ممنوع التصرف من قبل المالك ، وغير راض بالتصرف

(٢) عند نقل الشيخ عنه في ص ٢١٩ : ويظهر من المحقق الثاني، حيث حمل بيع الغاصب على الفساد

(٣) اى وفيما افاده المستدل على البطلان نظر وإشكال

(٤) اى حتى ولو للمالك

(٥) تعليل لكون الغصب امارة عدم الرضا بالبيع للغاصب ، لامطلقا

(٦) عند قوله في ص٢٢٢ : وأما ماذكره من المنع الباقي بعد العقد ولو آناًما فلم يدل دليل على كونه فسخاً لاينفع بعده الاجازة

(٧) اى ومن بعض تلك الوجوه الواردة على صحة بيع الفضولي مال الغير لنفسه ثم ملكه فاجاز .

(٨) اذ حقيقة المعاوضة دخول الثمن في ملك من خرج عنه المثمن -

لم يخرج عن ملكه الآخر فالمعاوضة الحقيقية غير منصورة فحقيقته (١) ترجع الى إعطاء المبيع ، واخذ الثمن لنفسه ، وهذا (٢) ليس بيعاً

(والجواب) عن ذلك مع اختصاصه (٣) ببيع الغاصب : أن (٤) قصد المعاوضة الحقيقية مبني على جعل الغاصب نفسه مالكاً حقيقياً وإن كان هذا الجعل لاحقيقة (٥) له ، لكن المعاوضة المبنية على هذا الامر غير الحقيقي حقيقية نظير المجاز الإدعائي في الاصول (٦)

- وهنا قد دخل الثمن في ملك الغاصب الذي لم يخرج المثمن من ملكه

(١) اى حقيقة هذه المعاوضة

(٢) اى إعطاء المبيع من ملك شخص آخر ، واخذ الثمن لنفسه لايسمى بيعاً

(٣) اى مع اختصاص الإشكال المذكور : وهو اعطاء المثمن من ملك شخص آخر ، واخذ الثمن لنفسه الذي لازمه عدم قصد المعاوضة الحقيقية

(٤) هذا هو الجواب عن الإشكال المذكور وقد ذكره الشيخ في المتن فلا نعيده

(٥) اى لايجعله مالكاً حقيقة وواقعاً

(٦) حينما يقول : زيد اسد ، فإنه يدعي أن زيداً اسد حقيقة وفي الواقع ، وينزله منزلة الاسد ادعاءً

ففيما نحن فيه كذلك ، فإن الغاصب ينزل نفسه منزلة المالك الحقيقي إدعاءً ، ويرى نفسه هو المالك

ولا يخفى أنه كيف يعقل تنزيل المعاوضة المبنية على امر غير حقيقي منزلة المعاوضة الحقيقية حقيقة ، وهل هذا إلا زيادة الفرع على اصله

نعم لو باع (١) لنفسه من دون بناء على ملكية المثمن (٢) ولا اعتقاد (٣) له كانت المعاملة باطلة غير واقعة له ، ولا للمالك ، لعدم تحقق معنى المعاوضة (٤) ، ولذا (٥) ذكروا أنه لو اشترى بماله لغيره شيئاً بطل ، ولم يقع له ، ولا لغيره

والمراد (٦) مالو قصد تملك الغير للمبيع بازاء مال نفسه

وقد تخيل (٧) بعض المحققين أن البطلان هنا يستلزم البطلان للمقام :

---

(١) اى الفضولي

(٢) في الغاصب

(٣) كما في بيع مال الغير

(٤) اذ معناه كما عرفت هو دخول الثمن في ملك من خرج المثمن عن ملكه

والمفروض أن الفضولي البايع ملك الغير لنفسه اذا لايبني على كونه مالكاً للمثمن ، أولايعتقد ذلك كيف يصدق عليه مفهوم المعاوضة

(٥) اى ولاجل عدم صدق مفهوم المعاوضة اذا لايبني الفضولي على كونه مالكاً للمثمن: أنه لو اشترى شخص بمال نفسه لغيره شيئاً ولم ينزل الغير منزلة نفسه لم يقع الشراء له ، ولا لغيره

(٦) اى المراد من الاشتراء بمال نفسه لغيره

(٧) خلاصة هذا التخيل : أن القول بالبطلان في الشراء بمال نفسه لغيره يستلزم القول بالبطلان فيما لو باع مال الغير لنفسه ، لأن بيع مال الغير لنفسه عكس تلك المسألة ، فاذا ثبت البطلان في الاصل مع أن المشتري بمال نفسه للغير يبني على تنزيل الغير منزلة نفسه: ثبت البطلان في العكس الذي هو بيع مال الغير لنفسه

وهو مالو باع مال غيره لنفسه ، (١) ، لأنه عكسه

وقد عرفت (٢) أن عكسه هو ما اذا قصد تملك الثمن من دون بناء ولا اعتقاد لتملك المثمن ، لأن مفروض الكلام في وقوع المعاملة للمالك اذا اجاز

(ومنها) (٣): أن الفضولي اذا قصد البيع لنفسه

فإن تعلقت اجازة المالك بهذا الذي قصده البائع (٤) كان منافياً

---

(١) تعليل لكون البطلان في الاصل مستلزم للبطلان في العكس

(٢) من هنا يروم الشيخ أن يرد على بعض المحققين الذي تخيل أن البطلان في صورة الاشتراء بمال نفسه للغير مستلزم للبطلان في صورة مالو باع مال غيره لنفسه ، لأنه عكسه

وخلاصته أن عكس الشراء بمال نفسه لغيره : هو بيع الغاصب مال الغير لنفسه بدون تنزيل نفسه منزلة الغير ، لأن كلامنا في بيع الغاصب لنفسه مع البناء على أنه يتملك الثمن ولو ادعاءً ، فعكسه ماذكرناه ، لاماذكره بعض المحققين فلا ملازمة بين البطلان فيما لو اشترى بمال نفسه لغيره شيئاً

وبين مالو باع مال غيره لنفسه بانياً على أنه يتملك المثمن ولو ادعاءً

مع أنه يمكن القول بالصحة في الاصل الذي هو المقيس عليه : وهو الشراء بمال نفسه لغيره بلحوق الرضا من المالك بهذا الشراء

نعم في صورة العكس وهو بيع الغاصب لنفسه مال الغير غير بان على أنه يتملك المثمن ولو ادعاءً لاريب في بطلانه ، لعدم صدق مفهوم المعاوضة الحقيقية هنا

(٣) اى ومن بعض تلك الوجوه التي استدل بها القائل ببطلان بيع الفضولي مال الغير لنفسه

(٤) وهو البيع لنفسه

لصحة العقد ، لأن معناها (١) هو صيرورة الثمن لمالك المثمن باجازته

وإن تعلقت (٢) بغير المقصود كانت بعقد مستأنف ، لا إمضاء النقل الفضولي فيكون (٣) النقل من المنشيء غير مجاز ، والمجاز (٤) غير منشأ

وقد اجاب عن هذا (٥) المحقق القمي (٦) رحمه الله في بعض أجوبة مسائله بأن الاجازة في هذه الصورة (٧) مصححة للبيع ، لا بمعنى لحوق الاجازة

---

(١) اى معنى صحة العقد هو جعل الثمن لمالك المثمن باجازته حتى يصدق مفهوم المعاوضة الحقيقية ، فيكون تعلق الاجازة بما قصده البايع منافٍ لصحة العقد اى لا يجتمعان

(٢) اى الاجازة الصادرة من المالك الاصلي إن تعلقت بغير ماقصده العاقد الفضولي وهو البيع لنفسه يكون معناها أنها تعلقت بعقد جديد مستأنف غير ماأنشأه العاقد الفضولي

(٣) هذه الفاء تسمى بفاء النتيجة اى نتيجة هذا التعلق ، وتالي فاسده أن يكون النقل من المنشيء وهو العاقد الفضولي غير مجاز

(٤) وهو الذي تعلقت به اجازة المالك ، لكنه غير منشأ من قبل العاقد الفضولي فيلزم حينئذ : أن ماوقع لم يُقصَد ، وما قُصد لم يقع والحال أن العقود تابعة للقصود

(٥) اى عن إشكال تعلق الاجازة بقصد البايع ، أو بغير ما قصده

(٦) علم من أعلام الطائفة الامامية ، ومحقق من محققيها يأتي شرح حياته ، وشرح مؤلفاته الثمينة في (أعلام المكاسب) منها : أجوبة مسائله ، والباء في بأن بيان لكيفية الجواب

(٧) وهي صورة بيع العاقد الفضولي لنفسه

لنفس العقد كما في الفضولي المعهود (١) ، بل بمعنى (٢) لتبديل رضا الغاصب وبيعه لنفسه برضا المالك ، ووقوع البيع عنه

وقال : (٣) نظير ذلك فيما لو باع شيئاً ثم ملكه

وقد صرح (٤) في موضع آخر بأن حاصل الاجازة يرجع الى أن العقد الذي قصد الى كونه واقعاً على المال المعين لنفس البائع الغاصب والمشتري

---

(١) وهو بيع الفضولي للمالك ، فإن الاجازة فيه تتعلق بنفس العقد وشخصه

(٢) اى الاجازة في بيع الفضولي لنفسه عبارة عن التبديل والتغيير اى تبديل رضا الغاصب وبيعه لنفسه برضا المالك ، وأن البيع الواقع عن البايع الفضولى واقع عن نفسه

(٣) اى المحقق القمي قدس الله نفسه قال : إن بيع الفضولي مال الغير لنفسه مثيل بيع الفضولي عن المالك ثم ملكّه المالك هبة فاجاز بيع الفضولي بعد تمليكه له

فكما أن اجازة المالك بعد التمليك بالهبة عبارة عن تبدبل البيع الواقع عن المالك الى بيعه عن نفسه

كذلك مانحن فيه: وهو بيع الفضولي مال الغير عن نفسه ، فإن الاجازة الصادرة من المالك عبارة عن تبديل رضا الغاصب برضا نفسه وأن بيعه واقع عن شخصه

(٤) اى المحقق القمي قدس سره في موضع آخر من أجوبة مسائله افاد في الاجازة الصادرة من المالك في صورة بيع الفضولي لنفسه بياناً آخر غير البيان الاول

وقد ذكر البيان الثاني في المتن فلا نعيده

العالم قد بدلتـه بكونه على هـذا الملك بعينه لنفسي فيكون عقداً جديداً كما هو احد الأقوال في الاجازة

وفيه (١) أن الاجازة على هذا تصير كما اعترف معاوضة جديدة من طرف المجيز والمشتري ، لأن المفروض عدم رضا المشتري ثانياً بالمذكور ولأن قصد البائع البيع لنفسه اذا فرض تاثيره في مغايرة العقد الواقع للعقد المجاز فالمشتري انما رضي بذلك الايجاب المغاير لمؤدى الاجازة ، فاذا التزم يكون مرجع الاجازة الى تبديل عقد بعقد ، وبعدم الحاجة الى قبول المشتري ثانياً فقد قامت الاجازة من المالك مقام ايجابه وقبول المشتري

---

(١) اى وفيما افاده المحقق القمي نظرواشكال

من هنا يروم الشيخ أن يناقش ما افاده المحقق القمي في كلا البنائين فاخذ في الرد على البناء الاول

وخلاصتـه أن لازم القول بكون الاجازة الصادرة من المالك بناءً على أنها عبارة عن تبديل رضا الغاصب الى رضا المالك ، وأن البيع الواقع عن الفضولي واقع عن نفسه : هو القول بمعاوضة جديدة من طرف المجيز الذي هو المالك والمشتري ، لأن المعاوضة الاولى قد الغيت من ناحية العاقد والمشتري

أما من ناحية العاقد فمعلوم ، حيث إنه اوقع العقد لنفسه ، ثم جاء المالك واجاز البيع لنفسه لا للعاقد

وأما من ناحية المشتري فلأن قبوله قد تعلق بما انشأه العاقد الفضولي مع علمه بكون العاقد فضولياً فلابد من إنشائه قبولاً آخر حتى يتملك المبيع

والمفروض عدم رضا المشتري بتبديل العقـد ثانياً ، لأنه قد رضي بالايجاب المغاير لمؤدى الاجازة ، حيث إن الايجاب صادر من العاقد -

وهذا (١) خلاف الاجماع والعقل

وأما (٢) القول بكون الاجازة عقداً مستانفا فلم يعهد من احد من العلماء وغيرهم ، وإنما حكى كاشف الرموز عن شيخه أن الاجازة من مالك المبيع بيع مستقل بغير لفظ البيع فهو بيع قائم مقام ايجاب البائع ، وينضم اليه القبول المتقدم من المشتري

وهذا (٣)

- الفضولي البيع لنفسه ، والاجازة قد صدرت عن المالك بتبديل البيع لنفسه فاختلف مؤدى الايجاب والاجازة ، فيكون مآل الاجازة الى تبديل عقد وهو الصادر من العاقد الفضولي بعقد آخر وهو الصادر من المالك بواسطة اجازته فلا نحتاج في هذا التبديل الى قبول آخر من المشتري ، فلازم هذا التبديل كون الاجازة من المالك قد قامت مقام شيئين :

وهما : ايجاب المالك ، وقبول المشتري

والقول بقيام الاجازة مقام شيئين خلاف الاجماع والعقل

أما كونه خلاف الاجماع فواضح ، حيث إنه لم يقل احد من الفقهاء: إن الاجازة قائمة مقام الايجاب والقبول

وأما كونه خلاف العقل فمعلوم ايضا ، حيث إنه لايعقل تبديل ماوقع عما وقع ، فإن البيع قد وقع للعاقد فكيف يعقل تغييره وايقاعه عن المالك ؟

(١) وهو أن الاجازة قائمة مقام شيئين كما عرفت آنفاً

(٢) هذا رد على البناء الثاني للمحقق القمي قدس سره الذي نقله عنه الشيخ بقوله في ص : ٢٣١ وقد صرح في موضع آخر

(٣) اى مانقله كاشف الرموز عن شيخه بأن الاجازة من مالك البيع بيع مستقل الى آخر مانقله عنه

لايجري فيما نحن فيه (١) ، لأنه اذا قصد البائع البيع لنفسه فقد قصد المشتري تمليك الثمن للبائع ، وتملك المبيع منه

فاذا بنى على كون وقوع البيع للمالك مغايراً لماوقع فلابد له من قبول آخر فالاكتفاء عنه (٢) بمجرد اجازة البائع الراجعة الى تبديل البيع للغاصب بالبيع لنفسه التزام بكفاية رضا البائع ، وانشائه عن رضا المشتري،وانشائه

وهذا (٣) ماذكرناه : من أنه خلاف الاجماع والعقل

فالأولى في الجواب (٤) منع مغايرة ماوقع (٥) لما اجيز (٦)

وتوضيحه (٧) أن البائع الفضولي إنما قصد تمليك المثمن للمشتري بازاء الثمن

وأما كون الثمن مالاً له ، أو لغيره فايجاب البيع ساكت عنه فيرجع فيه الى مايقتضيه مفهوم المعاوضة : من دخول العوض في ملك مالك (٨) المعوض ، تحقيقاً (٩) لمعنى المعاوضة والمبادلة

---

(١) وهو بيع العاقد الفضولي لنفسه

(٢) اى عن قبول آخر

(٣) اى الاكتفاء برضا البايع وانشائه عن رضا المشتري ، وانشائه ثانياً مخالف للاجماع والعقل كما عرفت آنفاً

(٤) اى الجواب عن الإشكال في الاجازة الصادرة من المالك لبيع الفضولي لنفسه

(٥) وهو البيع لنفسه الصادر من العاقد الفضولي

(٦) وهو جعل المالك البيع الصادر من الفضولي لنفسه باجازته البيع

(٧) اى وتوضيح مغايرة ماوقع لما اجيز

(٨) وهو المالك الفضولي الذي بنى على أنه مالك ادعاءً

(٩) منصوب على المفعول لاجله فهو تعليل للقول بدخول العوض -

وحيث إن البائع يملك المثمن بانياً على تملكه له ، وتسلطه عليه عدواناً ، أو اعتقاداً لزم من ذلك بناؤه على تملك الثمن ، والتسلط عليه وهذا (١) معنى قصد بيعه لنفسه

وحيث (٢) إن المثمن ملك لمالكه واقعاً فاذا اجاز المعاوضة انتقل عوضه اليه فعلم من ذلك أن قصد البائع البيع لنفسه غير ماخوذ في مفهوم الايجاب حتى يتردد الامر في هذا المقام بين المحذورين المذكورين (٣)

بل مفهوم الايجاب هو تمليك المثمن بعوض من دون تعرض فيه لمن يرجع اليه المعوض ، إلا باقتضاء المعاوضة لذلك (٤)

- في ملك مالك المعوض اى القول بذلك لأجل تحقيق معنى المعاوضة والمبادلة في الخارج ، فإن معنى المعاوضة هو دخول الثمن في ملك من خرج عنه المثمن ومن الواضح أن المثمن قدخرج عن ملك المالك ، لاعن ملك العاقد الفضولي

(١) وهو أن البايع يملك المثمن بانياً على تملكه له ، وتسلطه عليه عدواناً ، أو اعتقاداً فيلزم من ذلك بناؤه على تملك الثمن

(٢) من هنا يروم الشيخ أن يبرهن على تحقيق معنى المعاوضة والمبادلة في الاجازة الصادرة من المالك في بيع الفضولي مال الغير لنفسه

(٣) وهما ما ذكره القائل ببطلان بيع الفضولي مال الغير لنفسه بقوله في ص : ٢٢٩ فإن تعلقت اجازة المالك بهذا الذي قصده البايع كان منافياً لصحة العقد

وإن تعلقت بغير المقصود كانت بعقد مستأنف جديد ، لا امضاءً لنقل الفضولي

(٤) اى لرجوع العوض في ملك من خرج عنه المعوض ، فإن مفهوم المعاوضة والمبادلة هو هذا لاغير

ولكن يشكل (١) فيما اذا فرضنا الفضولي مشترياً لنفسه بمال الغير فقال للبائع الاصيل : تملكت منك ، أوملكت هذا الثوب بهذه الدراهم فإن مفهوم هذا الإنشاء هو تملك الفضولي للثوب فلا مورد لاجازة مالك الدراهم على وجه ينتقل الثوب اليه فلابد من التزام كون الاجازة نقلاً مستأنفاً غير ما انشأه الفضولي الغاصب.

وبالجملة (٢) فنسبة المتكلم الفضولي تملك المثمن الى نفسه بقوله :

---

(١) اى الجواب الذى قلناه في ص: ٢٣٤ فالأولى في الجواب منع مغايرة ما وقع لما اجيز رداً على ما أورده الخصم على الاجازة الصادرة من المالك في بيع الفضولي مال الغير لنفسه بقوله في ص : ٢٣٠ إن لازم هذه الاجازة مغايرة المجاز لما انشأه العاقد الفضولي : لا يأتي في العاقد الفضولي الذي اشترى بمال الغير لنفسه ، لأن تملك المشتري للمثمن بقوله : تملكت قد أُخذ في مفهوم الإنشاء وإن كان هو من لوازم البناء على ملكية الثمن عدواناً لكنه مع ذلك لايبقى مجال للاجازة ، لعدم تصور ملكية المشتري على وجه يكون المال منتقلاً بالاجازة الى المالك الاصلي

بخلاف البايع الفضولي مال الغير لنفسه ، فإنه في مقام الإنشاء يقول : بعتك بكذا ، والمشتري يقول : قبلت ، فتكون حقيقة المعاملة هي المبادلة بين المالين ، فاجازة المالك يمكن أن تقتضي ملكية الثمن للمالك الاصلي

(٢) اى وخلاصة الكلام في هذا المقام الدقيق ومحصله : أن نسبة المتكلم الفضولي الذي اشترى بمال الغير لنفسه تملك المثمن الى نفسه بقوله : ملكت ، أوتملكت كنسبة المتكلم الاصلي الذي يوقع التمليك على المخاطب الفضولي بقوله : ملكتك هذا الكتاب بعشرة دراهم مع علمه بأن الدراهم ليست له ، أو جهله بذلك

ملكت،أوتملكت كايقاع (١) المتكلم الاصلي التمليك على المخاطب الفضولي (٢) بقوله : ماكتك هذا بهذه الدراهم ، مع علمه بكون الدراهم لغيره أو جهله بذلك

وبهذا (٣) ستشكل العلامة رحمة الله عليه في التذكرة ، حيث قال :

- فكما أنه اخذ ايقاع التمليك على المخاطب الفضولي في إنشاء الايجاب لكون الصيغة مشتملة على كاف الخطاب في قوله : ملكتك الكتاب في صورة علم البايع ، أو جهله بكون الدراهم ليست للمخاطب الفضولي

كذلك نسبة التمليك الى الفضولي المشتري بمال غيره لنفسه قد اُخذت في إنشاء القبول ، لأجل اشتمال الصيغة على التملك وكاف الخطاب فلا مجال للاجازة الصادرة من المالك في جعل المال منتقلاً الى المالك الاصلي

بخلاف القبول في قبلت في صورة بيع العاقد الفضولي مال الغير لنفسه ، حيث إن تملك البايع الفضولي للثمن لم يؤخذ في انشائه لمّا اوجد البيع لنفسه

فللاجازة الصادرة من المالك الاصيل مجال لنقل الثمن الى ملك المالك الاصيـــل

(١) الجار والمجرور مرفوع محلاً خبر للمبتدأ المتقدم في قوله : فنسبة المتكلم وقد عرفت معناه آنفاً

(٢) وهو المشتري الفضولي

(٣) اى وبإشكال المورد على الاجازة اللاحقة على بيع الفضولي مال الغـير لنفسه استشكل العلامـة قدس سره ايضاً في الاجازة ، وقال في التذكرة : لو باع الفضولي ، أواشترى مع جهل الآخر فإشكال ينشأ :

لو باع الفضولي مع جهل الآخر فإشكال : من أن الآخر إنما قصد تمليك العاقد

ولا ينتقض (١) بما لو جهل الآخر وكالة العاقد ، أوولايته ، لأنه (٢) حينئذ إنما يقصد به المخاطب بعنوانه الأعم من كونه أصلياً ، أونائباً ، ولذا (٣) يجوز مخاطبته ، وإسناد الملك اليه ، مع علمه بكونه نائباً ، وليس إلا بملاحظة المخاطب باعتبار كونه نائبا فاذا صح اعتباره نائباً صح اعتباره على الوجه الأعم من كونه نائبا ، أواصلياً .

من أن الآخر إنما قصد تمليك العاقد (*)

(١) هذا كلام شيخنا الانصاري وهو دفع وهم

حاصل الوهم : أنه اذا كان جهل الآخر بالفضولي يوجب الإشكال في تعلق الاجازة الصادرة من المالك ، حيث إن الآخر قصد تمليك العاقد وخاطبه به فكيف يقول الفقهاء بصحة عقد الوكيل ، أوالولي ، مع جهل الآخر الذي هو احد المتعاقدين بالوكالة ، أو الولاية ؟

(٢) هذا جواب عن الوهم ، وخلاصته : أن الآخر الذي هو جاهل بوكالة زيد ، أو ولايته إنما يقصد من العقد الصادر منه مخاطباً عاماً بعنوانه الأعم ، سواء أكان وكيلاً أم ولياً أم اصيلاً

ولا يقصد بعقده شخص المخاطب بما هو مخاطب

(٣) اى ولاجل أن الجاهل الآخر إنما يقصد مخاطباً عاماً بعنوانه الأعم ، لاشخص المخاطب بما هو مخاطب يجوز له إن يسند الملك الى المخاطب بوصف كونه مخاطباً وإن كان عالماً بأنه وكيل عن زيد ، أو ولياً عليه

وهذا الجواز لايكون إلا بملاحظة المخاطب باعتباره الأعم : من الاصيل أو النائب

(*) راجع تذكرة الفقهاء من طبعتنا الحديثة . الجزء ٧ . ص ١٠

أما الفضولي فهو اجنبي عن المالك لايمكن فيه ذلك الاعتبار (١)

وقد تفطن بعض المعاصرين لهذا الإشكال (٢) في بعض كلماته فالتزم تارة ببطلان شراء الغاصب لنفسه ، مع أنه لا يخفى مخالفته للفتاوى ، وأكثر النصوص المتقدمة (٣) في المسألة كما اعترف به اخيرا

واخرى بأن الاجازة إنما تتعلق بنفس مبادلة العوضين وإن كانت خصوصية ملك المشتري الغاصب للمثمن مأخوذة فيها

وفيه (٤) أن حقيقة العقد في العبارة التي ذكرناه في الاشكال اعني قول المشتري الغاصب : تملكت ، أوملكت هذا منك بهذه الدراهم ليس إلا انشاء تملكه للمبيع . فاجازة هذا الانشاء لايحصل بها تملك المالك الاصلي له ، بل يتوقف على نقل مستأنف

---

(١) وهو اعتبار التخاطب بكونه أعم من الاصلي ، أو النيابي

(٢) وهو الذي افاده الشيخ بقوله في ص: ٢٣٦ ولكن يشكل فيما اذا فرضنا الفضولي مشترياً

ونحن اشرنا الى شرح الإشكال في الهامش ١ ص ٢٣٦ بقولنا : اي الجواب الذى قلناه

وبقولنا في الهامش ص ٢ : ٢٣٦ اي وخلاصة الكلام في هذا المقام

(٣) الظاهر عدم تقدم نص حول شراء الغاصب بمال الغير لنفسه اللهم إلا أن يريد الشيخ قدس سره من تقدم النص الأحاديث الواردة في الاتجار بمال اليتيم التي اشرنا اليها في الهامش ٣ ص ١٨٨

وقد اشار الى هذا الإشكال العلامة الطباطبائي اليزدي قدس سره في تعليقته على المكاسب في ص ١٤٣

(٤) اي وفي التزام المتفطن المعاصر بالجواب عن الإشكال الذي -

فالأنسب في التفصي (١) أن يقال : إن نسبة الملك الى الفضولي العاقد لنفسه في قوله : تملكت منك ، أوقول غيره له : ملكتك ليس من حيث هو ، بل من حيث جعل نفسه مالكاً للثمن اعتقاداً (٢) أو عدواناً (٣) ولذا (٤) لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للثمن التزمنا بلغويته

= اوردناه على الفضولي اذا كان مشترياً بمال الغير لنفسه باحد الامرين : تارة ببطلان شراء الغاصب

واخرى بأن الاجازة إنما تتعلق بنفس مبادلة العوضين نظر وإشكال

وخلاصة الإشكال أن حقيقة العقد بحسب الوجود الخارجي في قول القائل : تملكت لا يكون مركباً من شيئين هما : انشاء المبادلة ، وإنشاء ملكية المشتري للثمن حتى تصحح الاجازة الصادرة من المالك إنشاء الفضولي ويجعل الثمن للمجيز بطبع المبادلة ووضعها

بل حقيقة المبادلة إنما هو امر واحد : وهو إنشاء الفضولي تملكه للمبيع ، ثم تصدر الاجازة من المالك بهذا الإنشاء ، من دون انتاج لهذه الاجازة تملك المالك الاصيل للمبيع ، بل تملكه للمبيع متوقف على عقد مستانف جديد

(١) اى الأنسب في الفرار عن الاشكال الذي اوردناه على شراء الفضولي لنفسه بمال الغير المشار اليه في الهامش ١ ص ٢٣٦

(٢) بأن اعتقد أن الثمن ملك له بالهبة ، أو التملك

(٣) كما في الغاصب ، حيث يبني على نفسه أنه مالك للثمن فيتصرف فيه تصرف المالك

(٤) اى ولاجل أن الغاصب الفضولي العاقد لنفسه يجعل نفسه مالكاً للثمن اعتقاداً ، أو عدواناً

ضرورة عدم تحقق مفهوم المبادلة بتملك شخص المال بازاء مال غيره

فالمبادلة الحقيقية من العاقد لنفسه لا يكون إلا إذا كان مالكاً حقيقياً أو ادعائياً

فلو لم يكن احدهما وعقد لنفسه لم تتحقق المعاوضة والمبادلة حقيقة

فاذا قال الفضولي الغاصب المشتري لنفسه : تملكت منك كذا وكذا فالمنسوب اليه التملك إنما هو المتكلم ، لامن حيث (١) هو ، بل من حيث عدّ نفسه مالكاً اعتقاداً ، أو عدواناً

وحيث (٢) إن الثابت للشيء من حيثية تقييدية ثابت لنفس تلك الحيثية فالمسند اليه التملك حقيقة هو المالك للثمن

إلا أن الفضولي لما بنى على أنه المالك المسلّط على الثمن اسند ملك المثمن الذي هو بدل الثمن الى نفسه ، فالاجازة

---

(١) اى لامن حيث هو متكلم ، بل من حيث إنه بانٍ على نفسه أنه مالك اعتقاداً ، أو عدواناً

(٢) من هنا يروم الشيخ أن يأخذ النتيجة ويصحح شراء الفضولي لنفسه بمال الغير بعد لحوق الاجازة به

وخلاصته : أن الملكية الثابتة للمتكلم الذي هو العاقد الفضولي المقيدة بتلك الحيثية : وهي البناء على كونه مالكاً اعتقاداً ، أوعدوانا ثابتة لنفس تلك الحيثية وهي المالك الاصلي فتتعلق الاجازة الصادرة من المالك بنفس الانشاء الذي صدر من العاقد الفضولي

إذاً يكون للاجازة الصادرة مجال لنقل المثمن الى مالكه الاصلي فيتحقق بها مفهوم المعاوضة والمبادلة فتصح المعاملة الواقعة من العاقد الفضولي الذي اشترى بمال الغير لنفسه ، فيكون إسناد التملك في الواقع -

الحاصلة من المالك متعلقـــة بإنشاء الفضولي : وهو التملك المسند الى مالك الثمن (١) وهو حقيقة نفس المجيز فيلزم من ذلك (٢) انتقال المثمن اليه، هذا مع (٣) أنه ربما يلتزم صحة أن يكون الاجازة للعقد الفضولي موجبة لصيرورة العوض ملكاً للفضولي

ذكره (٤) شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد ، وتبعه غير واحد من أجلاء تلامذته

ـ الى مالك الثمن الذي هو المجيز حقيقة ، وبطبع المعاوضة ، ووضعها الاولي ولازم ذلك انتقال المثمن الى المالك الاصلي

(١) اى مالك الثمن في الواقع والحقيقة

(٢) وهو أن الاجازة الحاصلة من المالك متعلقة بإنشاء الفضولي وهو التملك المسند الى مالك الثمن

(٣) هذا ترق من الشيخ عما افاده في رد الاشكال على العاقد الفضولي الذي اشترى بمال الغير لنفسه ، اى ولنا بالاضافة الى ماذكرنا دليل آخر

وخلاصته : أن إشكال المغايرة بين المجاز ، وما انشأه العاقد الفضولي إنما يلزم لو كان معنى صحة العقد صيرورة الثمن لمالك المثمن ، لأن ماأجيز وهو رد المثمن الى المالك لم ينشأ ، وما انشأ وهو البيع لنفسه لم يُجز فيلزم التغاير

بخلاف مالو كان معنى الصحة أن الثمن لمن قصد كونه له فلا يلزم الاشكال المذكور

ومن الواضح أن الفضولي قاصـــد أن الثمن له ، فالاجازة الصادرة من المالك موجبة لصيرورة العوض ملكاً للفضولي

(٤) اى ذكر هذا الترقي الشيخ كاشف الغطاء قدس سره

وذكر بعضهم في ذلك (١) وجهين :

(احدهما) : أن قضية بيع مال الغير عن نفسه ، أوالشراء بمال الغير لنفسه جعل ذلك المال (٢) له ضمناً حتى أنه على فرض صحة ذلك البيع ، أو الشراء تملكه قبل آن انتقاله الى غيره ، ليكون انتقاله اليه (٣) عن ملكه

نظيرما اذا قال : اعتق عبدك عني ، أوقال : بع مالي عنك ، أو اشتر لك بمالي كذا فهو تمليك ضمني حاصل ببيعه ، أو الشراء

ونقول في المقام (٤) ايضاً : اذا اجاز المالك صح البيع ، أوالشراء وصحته تتضمن انتقاله اليه حين البيع ، أو الشراء

فكما أن الاجازة المذكورة تصحح البيع ، أو الشراء

كذلك تقضي بحصول الانتقال الذي يتضمنه البيع الصحيح فتلك الاجازة اللاحقة قائمة مقام الاذن السابق قاضية بتملكه (٥) المبيع ، ليقع البيع في ملكه ، ولا مانع منه

(الثاني) : (٦) أنه لادليل على اشتراط كون احد العوضين ملكاً للعاقد في انتقال بدله (٧) اليه

(١) اى في رد الاشكال الوارد على الفضولي الذي اشترى بمال الغير لنفسه

(٢) اى للبائع ، أو المشتري الفضوليين

(٣) اى الى غيره

(٤) وهو شراء الفضولي بمال الغير لنفسه

(٥) اى بتملك البائع الفضولي ، أو المشتري الفضولي

(٦) اى الثاني من الوجهين الذين أفادهما البعض في رد الاشكال

(٧) وهو الثمن اذا كان العاقد الفضولي بايعاً مال الغيرلنفسه ، والمثمن =

بل يكفي أن يكون ماذوناً في بيعه لنفسه ، أو الشراء به

فلو قال : بع هذا لنفسك ، أواشتر لك بهذا ملك الثمن في الصورة الاولى (١) بانتقال المبيع عن مالكه الى المشتري

وكذا ملك المثمن في الصورة الثانية (٢) ويتفرع عليه (٣) أنه لو اتفق بعد ذلك (٤) فسخ المعاوضة رجع الملك الى مالكه ، دون العاقد (٥)

(اقول) : وفي كلا الوجهين نظر

أما الأول (٦) فلأن صحة الاذن في بيــع المال لنفسه ، أو الشراء لنفسه ممنوعة كما تقدم في بعض فروع المعاطاة (٧) ، مع أن قياس الاجازة على الاذن قياس مع الفارق ، لأن الاذن في البيع يحتمل فيه أن يوجب من باب الاقتضاء تقدير الملك آناً ما قبل البيع ، بخلاف الاجازة ، فإنها لاتتعلق إلا بما وقع سابقاً

ــ اذا كان مشترياً بمال الغير لنفسه

(١) اى ملك العاقد البايع الثمن في الصورة الأولى : وهي البيع لنفسه

(٢) اى ملك العاقد المشتري المثمن في الصورة الثانية: وهي الشراء لنفسه

(٣) اى على هذا الاذن في البيع والشراء في قول المالك : بع هذا لنفسك ، أو اشتر هذا لنفسك

(٤) اى بعد البيع والشراء

(٥) وهو البائع ، أو المشتري

(٦) اى أما النظر في الوجه الاول وهو الذي افاده البعض بقوله في ص ٢٤٣ : احدهما أن قضية

(٧) راجع الجزء ٦ من (المكاسب) من طبعتنا الحديثة ص ٢٥٤ عند قوله : نعم يصح ذلك باحد الوجهين كلاهما في المقام مفقود،الى آخر ص ٢٥٧

والمفروض أنه لم يقع إلا مبادلة مال الغير بمال آخر

نعم لما بنى هو (١) على ملكية ذلك المال عدواناً ، أواعتقاداً قصد بالمعاوضة رجوع البدل اليه ، فالاجازة من المالك إن رجعت الى نفس المبادلة أفادت دخول البدل في ملك المجيز

وإن رجعت الى المبادلة منضمة الى بناء العاقد على تملك المال فهي وإن افادت دخول البدل في ملك العاقد

إلا أن مرجع هذا (٢) الى اجازة مابنى عليه العاقد : من التملك وامضائه له (٣)،اذ بعد امضائه يقع البيع فيملك العاقدفيملك البدل إلاأن من المعلوم عدم الدليل على تأثير الاجازة في تأثير ذلك البناء في تحقق متعلقه (٤) شرعاً ، بل الدليل على عدمه (٥) ، لأن هذا (٦) مما لايؤثر فيه الاذن لأن الاذن في التملك لايؤثر التملك فكيف اجازته (٧)

وأما الثاني (٨)

---

(١) اى البائع الفضولي مال الغير لنفسه ، أو المشتري الفضولي بمال الغير لنفسه

(٢) وهو دخول البدل في ملك العاقد

(٣) اى وإمضاء المالك الاصلي هذا التملك للفضولي باجازته له البيع أو الشراء الصادر منه

(٤) أى متعلق الاجازة وهو دخول البدل في ملك العاقد

(٥) اى عدم تحقق متعلق الاجازة

(٦) وهو تحقق متعلق الاجازة

(٧) اى اجازة التملك

(٨) اى وأما النظر في الوجه الثاني مما افاده البعض في رد الإشكال ـ

فلما عرفت (١) من منافاته لحقيقة البيع التي هي المبادلة ، ولذا (٢) صرح العلامة رحمه الله في غير موضع من كتبه تارة بأنه (٣) لايتصور ، واخرى بأنه لايعقل أن يشتري الانسان لنفسه بمال غيره شيئاً

بل ادعى بعضهم في مسألة قبض المبيع عدم الخلاف في بطلان قول مالك الثمن : اشتر لنفسك به طعاماً

وقد صرح به (٤) الشيخ والمحقق وغيرهما

نعم سيأتي في مسألة جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري بالغصب أن ظاهر جماعة كقطب الدين والشهيد ، وغيرهما أن الغاصب مسلَّط على الثمن وإن لم يملكه فاذا اشترى به شيئاً ملكه

وظاهر هذا (٥) إمكان أنلايملك الثمن

- على العاقد المشتري بمال الغير لنفسه بقوله في ص٢٤٣ : الثاني أنه لادليل على اشتراط

(١) اى في الجزء ٦ من (المكاسب) من طبعتنا الحديثة في ص ٩ عند تعريف البيع بقوله : وهو في الاصل كما عن المصباح المنير مبادلة مال بمال

فالمال قد أُخِذ في مفهوم البيع وحقيقته ، وتحققه في الخارج فكيف يصح أن يقال بعدم اشتراط كون احد العوضين ملكاً للعاقد كما افاده البعض بقوله : الثاني أنه لادليل على اشتراط كون احد العوضين ملكاً للعاقد

(٢) اى ولأجل أن ما ذكره البعض في الوجه الثاني منافٍ لحقيقة البيع ومفهومه

(٣) اى شراء الفضولي لنفسه بمال الغير

(٤) اى ببطلان قول مالك الثمن : اشتر به لنفسك طعاماً

(٥) اى في بادىء الامر أن لايملك المشتري الثمن ، فحينئذ يصح ما افاده البعض في الوجه الثاني : من عدم اشتراط كون احد العوضين ملكاً للعاقد

ويملك المثمن المشتري (١)

إلا أن يحمل ذلك (٢) منهم على التزام تملك البائـع الغاصب (٣) للمثمن مطلقا كما نسبه الفخر رحمه الله الى الأصحاب ، أوآناما قبل أن يشتري به شيئاً ، تصحيحاً للشراء .

وكيف كان فالأولى في التفصي عن الإشكال المذكور في البيع لنفسه ماذكرنا (٤)

ثم إن مما ذكرنا : من أن نسبة ملك العوض حقيقة إنما هو الى مالك المعوض ، لكنه بحسب بناء الطرفين (٥) على مالكيـة الغاصب للعوض منسوب اليه (٦) يظهر اندفاع إشكال آخر في صحة البيع لنفسه مختص (٧) بصورة علم المشتري الاصيل: وهو (٨) أن المشتري الاصيل اذا كان عالماً بكون البائع لنفسه غاصباً فقد حكم الأصحاب على ما حُكي عنهم بأن المالك

---

(١) بصيغة المفعول صفة لكلمة المثمن

(٢) اى يحمل امكان أن لا يملك الغاصب الثمن ، ويملك المثمن كما افاده قطب الدين والشهيد ، وغيرهما

(٣) اى غاصب المثمن

(٤) اى في ص ٢٤٠ عند قوله : فالانسب في التفصي أن يقال : إن نسبة الملك الى العاقد الفضولي

والمراد بالاشكال ماذكره بقوله في ص: ٢٣٦ ولكن يشكل فيما اذا فرضنا

(٥) وهما : البائع الغاصب ، والمشتري العالم بالغصبية

(٦) اى الى الغاصب

(٧) اى هـذا الإشكال الآخر مختص بصورة علم المشتري بكون العاقد غاصباً

(٨) اى الإشكال الآخر عبارة عن علم المشتري بغصبية المبيع

لو ردّ فليس للمشتري الرجوع على البائع بالثمن

وهذا (١) كاشف عن عدم تحقق المعاوضة الحقيقية (٢) وإلا لكان ردها موجباً لرجوع كل عوض الى مالكه

وحينئذ (٣) فاذا اجاز المالك لم يملك الثمن ، لسبق اختصاص الغاصب به (٤) فيكون البيع بلا ثمن

ولعل هذا (٥) هو الوجه في إشكال العلامة في التذكرة ، حيث قال بعد الإشكال في صحة بيع الفضولي مع جهل المشتري : إن الحكم في الغاصب مع علم المشتري أشكل (٦) انتهى (٧)

أقول : هذا الإشكال (٨) بناءً على تسليم مانقل عن الأصحاب

---

(١) وهو حكم الأصحاب بعدم رجوع المشتري على البائع للثمن اذ رد المالك البيع كاشف عن عدم تحقق المعاوضة الحقيقية ، لأن المعاوضة الحقيقية عبارة عن دخول الثمن في ملك من خرج عنه المثمن كما عرفت أكثر من مرة

(٢) اى ولو كانت المعاوضة الحقيقية متحققة في الخارج لكان للمشتري حق الرجوع على البايع بالثمن عند مارد المالك المعاملة

(٣) اى وحين أن رد المالك البيع

(٤) وجه سبق اختصاص الغاصب بالثمن هو دفع المشتري العالم بالغصبية الثمن الى الغاصب ، وتسليطه عليه ، فهذا السبب أسبق من السبب الثاني وهو الاجازة الصادرة من المالك

(٥) وهو وقوع البيع بلا ثمن

(٦) راجع تذكرة الفقهاء من طبعتنا الحديثة . الجزء ٧ . ص ١٠

(٧) اى ما أفاده العلامة في المصدر

(٨) وهو أن المشتري الاصيل لو كان عالما بأن البائع غاصب فقد حكم الفقهاء بأن المالك لورد فليس للمشتري حق الرجوع على البائع بالثمن

من أنه ليس للمشتري استرداد الثمن مع رد المالك وبقائه ، وبعد تسليم أن الوجه في حكمهم ذلك هو مطلق التسليط (١) على تقديري الرد والاجازة ، لأن التسليط المراعى بعدم اجازة البيع إنما يتوجه على القول بالنقل ، حيث إن تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل (٢) انتقاله الى مالك المبيع بالاجازة فلا يبقى مورد للاجازة

وأما على القول بالكشف فلا يتوجه إشكال اصلاً ، لأن الرد كاشف عن كون تسليط المشتري تسليطاً له (٣) على مال نفسه ، والاجازة كاشفة عن كونه (٤) تسليطاً له على مايملكه غيره بالعقد السابق على التسليط الحاصل (٥) بالإقباض ، ولذا (٦) لو لم يُقبضه (٧) الثمن حتى اجاز

---

(١) وهو تسليط المشتري العالم العاقد الفضولي على الثمن ، سواءً رد المالك البيع ام لا ، وهذا معنى مطلق التسليط

(٢) بالرفع محلاً خبر لكلمة إن في قوله : حيث إن تسليط

(٣) اى البائع الفضولي

(٤) اى عن كون تسليط المشتري العالم بالغصبية العاقد الفضولي على الثمن تسليطاً له على الثمن الذي كان يملكه غيره وهو المالك الاصيل

(٥) بالجر صفة لكلمة التسليط

(٦) اى ولاجل أن هذه الاجازة كاشفة عن كون تسليط المشتري الغاصب على الثمن تسليطاً له على ملك غيره ، فلو لم يُقبِض المشتري العالم بالغصبية الثمن للغاصب حتى اجاز المالك المعاملة ، أوردّها ليس للغاصب انتزاع الثمن من يد المشتري لورد المالك المعاملة

وكذلك ليس له انتزاعه من يد المالك لو اجاز المالك

(٧) اى المشتري العالم بالغصبية كما عرفت آنفاً

المالك ، أوردّ لم يكن للغاصب انتزاعه من يد المشتري (١) أو المالك (٢)

وسيأتي في مسألة جواز تتبع العقود للمالك تتمة لذلك (٣) فانتظر

ثم اعلم أن الكلام في صحة بيع الفضولي لنفسه غاصباً كان أوغيره (٤) إنما هو في وقوعه للمالك اذا اجاز ، وهو (٥) الذي لم يفرق المشهور بينه وبين الفضولي البائع للمالك ، لا لنفسه

وأما الكلام في صحة بيع الفضولي ووقوعه لنفسه اذا صار مالكاً للمبيع واجاز (٦) ، سواءً باع لنفسه ، أوللمالك فلا دخل له بما نحن فيه (٧) لأن الكلام هنا (٨) في وقوع البيع للمالك ، وهناك (٩) في وقوعه للعاقد اذا ملك

---

(١) لورد المالك كما عرفت

(٢) لو اجاز المالك كما عرفت

(٣) اى للعاقد الفضولي اذا اشترى لنفسه بمال الغير

(٤) كما لواعتقد أنه مالك كما في صحيحة الحلبي المشار اليها في ص ١٩٦

(٥) اى البيع الفضولي لنفسه غاصباً كان ، أوغيره إنما هو في وقوعه للمالك اذا اجاز

(٦) اى اجاز المالك للمبيع بالهبة مثلاً بعد أن كان قد باع المبيع فضولاً البيعَ الذي صدر منه فضولاً

(٧) وهو وقوع بيع الفضولي مال الغير لنفسه ، أو وقوع الشراء لنفسه للمالك

(٨) وهو وقوع بيع الفضولي مال الغير لنفسه للمالك

(٩) وهو بيع الفضولي ووقوعه لنفسه اذا صار مالكاً

ومن هنا (١) يُعلم أن ما ذكره في الرياض : من أن بيع الفضولي لنفسه باطل ونسب الى التذكرة نفي الخلاف فيه في غير محله (٢)

إلا أن يريد (٣) ماذكرناه وهو (٤) خلاف ظاهر كلامه

بقي هنا امران :

(الأول): أنه لافرق على القول بصحة بيع الفضولي بين كون مال الغير عيناً أودينا ، أوفي ذمة (٥) الغير

---

(١) وهو ذهاب المشهور الى صحة بيع الفضولي لنفسه اذا اجاز المالك فيصبح ثمن المبيع ملكاً للمالك الاصيل

(٢) لأنه مع ذهاب المشهور الى صحة بيع الفضولي لنفسه كيف يصح نفي الخلاف في البطلان الى العلامة قدس سره ، مع أنه في أبواب الفقه ومبانيها ، وأصولها وفروعها ابن بجدتها ، وفارس ميدانها

(٣) اى يريد صاحب الرياض قدس سره من بيع الفضولي لنفسه ماذكرناه : وهو وقوعه للعاقد الفضولي اذا ملك المبيع ثم اجاز البيع

(٤) اى ارادة صاحب الرياض من بيع الفضولي ما ذكرناه خلاف ظاهر كلامه ، حيث إن الظاهر منه هو وقوع البيع للمالك

(٥) كأن يقول الفضولي : بعت طناً من الحنطة بذمة زيد بعشرة دنانير

ولما انجر بنا الكلام الى الذمة لابأس باشارة اجمالية الى أقسامها

اعلم أن بيع الفضولي متعلقاً بالكلي يتصور على ثلاثة أقسام :

(الاول) : أن يبيع الفضولي الكلي الثابت للمالك على غير المالك كأن يقول : بعتك طناً من الحنطة الثابتة لزيد والذي هو في ذمة عمرو بعشرة دنانير

(الثاني): أن يبيع الفضولي الكلي الثابت في ذمته والذي هو لعمرو -

ومنه (١) جعل العوض ثمناً (٢) أو مثمناً (٣) في ذمة الغير ثم إن تشخيص ما في الذمة الذي يعقد عليه الفضولي إما باضافة الذمة الى الغير بأن يقول:

- كما لو اسلف زيد عمراً طناً من الحنطة فباع زيد هذا الطن الذي في ذمته من قبل عمرو فضولاً: بأن قال: بعتك طناً من الحنطة الذي هو في ذمتي بعشرة دنانير

(الثالث): أن يجعل الفضولي الكلي متعلقاً بذمة المالك بواسطة البيع كأن يقول: بعتك طناً من الحنطة الذي هو في ذمة زيد، والذي هو لعمرو.

أو اشترى لزيد في ذمته كأن يقول: اشتريت طناً من الحنطة لزيد بعشرة دنانير في ذمتي

وقد اشار الشيخ قدس سره الى اثنين من هذه الأقسام وهما: الأول والثاني بكلمة الغير في موضعين بقوله: بين كون مال الغير عينا، أوفي ذمة الغير، حيث اراد من الغير الأول المالك، فتكون الالف واللام في كلمة الغير عوضا عن المضاف اليه وهو غير الفضولي العاقد كما عرفت في المثال الاول

واراد من كلمة الغير الثاني غير المالك، سواء أكان هو الفضولي العاقد ام غيره، فتكون الالف واللام في كلمة الغير عوضا عن المضاف اليه وهو المالك كما عرفت في المثال الثاني

(١) هذا هو القسم الثالث من بيع الفضولي الكلي اى ومن أقسام بيع الفضولي المتعلق بالكلي: جعل الكلي ثمنا، أومثمنا كما عرفت ذلك في المثالين الذين ذكرناهما في القسم الثالث

(٢) فيما اذا اشترى بمال الغير شيئا، وجعل العوض في ذمة الغير

(٣) فيما اذا باع مال الغير، وجعل المبيع في ذمة الغير

بعت كراً من طعام في ذمة فلان (١) بكذا ، أو بعت هذا بكذا في ذمة فلان (٢)

وحكمه أنه لو اجاز فلان يقع العقد له ، وإن رد بطل راساً

وإما بقصده (٣) العقد له ، فإنه اذا قصده (٤) في العقد تعين كونه (٥) صاحب الذمة ، لما عرفت من استحالة دخول احد العوضين في ملك غير من خرج عنه الآخر ، إلا على احتمال ضعيف تقدم (٦) عن بعض

فكما أن تعيين العوض في الخارج يغني عن قصد من وقع له العقد

كـذلك قصد من وقع له العقد يغني عن تعيين الثمن الكلي باضافته الى ذمة شخص خاص

وحينئذ (٧) فإن اجاز من قصد مالكيته وقع العقد ، وإن رد فمقتضى

---

(١) هذا مثال لجعل الثمن في ذمة الغير باضافة الذمة الى الغير

(٢) هذا مثال لجعل الثمن في ذمة الغير باضافة الذمة الى الغير

(٣) اى بقصد الفضولي وقوع العقد للغير

(٤) اى قصد الفضولي الغير في العقد

(٥) اى الغير الذي قصده العاقد الفضولي في العقد

(٦) وهو الوجه الثاني من الوجهين الذين ذكرهما البعض ونقلهما عنه الشيخ في ص ٢٤٣ بقوله : وذكر بعضهم في ذلك وجهين

وقد عرفت ضعف ذلك عند قول المصنف في ص ٢٤٥ : وأما الثاني فلما عرفت من منافاته لحقيقة البيع التي هي المبادلة

(٧) اى وحين أن قلنا : إن تعيين العوض في الخارج يغني عن قصد من وقع له العقـد ، وكذلك قصد من وقع له العقـد يغني عن تعيين الثمن الكلي

القاعدة بطلان العقد واقعاً ، لأن مقتضى رد العقد بقاء كل عوض على ملك صاحبه ، إذ المال مردد في باب الفضولي بين مالكه الاصلي ، وبين من وقع له العقد ، فلا معنى لخروجه عن ملك مالكه وتردده بين الفضولي ، ومن وقع له العقد ، إذ لو صح وقوعه للفضولي لم يحتج الى اجازة ووقع له

إلا أن الطرف الآخر (١) لو لم يصدقه على هذا القصد (٢) وحلف على نفي العلم حُكِم له على الفضولي ، لوقوع (٣) العقد له ظاهراً كما عن المحقق وفخر الاسلام والمحقق الكركي والسيوري (٤) والشهيد الثاني

وقد يظهر من اطلاق بعض الكلمات كالقواعد والمبسوط وقوع العقد له (٥) واقعاً

---

(١) خلاصة هذا الكلام : أن الطرف الآخر في المعاوضة ، سواءٌ أكان بايعاً للفضولي اذا كان الثمن فضولياً ام مشترياً من الفضولي لو كان المثمن فضولياً لو لم يصدق الفضولي فيما ادعاه : من قصد البيع ، أوالشراء للغير ، ونفى العلم على فضولية الثمن ، أو المثمن ، وحلف على ذلك : لزم الحكم له في كلتا الصورتين ظاهراً ، قهراً على الفضولي ، لحلف الطرف الآخر على نفي العلم بذلك

(٢) وهو ادعاء الفضولي أني قصدت البيع ، أو الشراء للغير كما عرفت آنفاً

(٣) تعليل للحكم للطرف الآخر في الظاهر ، وقد عرفته آنفاً

(٤) يأتي شرح حياته في (أعلام المكاسب)

(٥) اى للطرف الآخر في الواقع ونفس الامر ، لاظاهراً اى يُحكم له في الواقع

وقد نسب ذلك (١) الى جماعة في بعض فروع المضاربة (٢)

وحيث عرفت (٣) أن قصد البيع للغير ، أو اضافته (٤) اليه في اللفظ يوجب صرف الكلي الى ذمة ذلك الغير ، كما أن اضافة الكلي اليه (٥) توجب صرف البيع ، أو الشراء اليه (٦)

---

(١) اى بوقوع العقد للطرف الآخر في الواقع ونفس الامر

(٢) قال العلامة قدس سره في القواعد في باب المضاربة : وليس له (٠) أن يشتري مَن ينعتق على المالك إلا بأذنه ، فإن فعل صح وبطلت المضاربة في ثمنه ، فإن كان كلُّ المال بطلت المضاربة ،

ولو كان فيه ربح فللعامل المطالبة بثمن حصته ، والوجه الاجرة

وإن لم يأذن فالأقرب البطلان إن كان الشراء بالعين ، أو في الذمة وذكر المالك ، وإلا وقع للعامل مع علمه ، انتهى ماافاده العلامة في القواعد

فالشاهد في قوله : وإلا وقع للعامل ، حيث اراد من وقوع المعاملة وقوعها للعامل في الواقع ونفس الامر اذا لم يذكر المالك ، لأنه لم يقيد الوقوع بالظاهر

ومن الواضح أن العامل هنا فضولي ، حيث اشترى مَن ينعتق على المالك بغير اذنه

(٣) اى في ص ٢٥٢ عند قوله : ثم إن تشخيص مافي الذمة الذي يعقد عليه الفضولي إما باضافة الذمة الى الغير الىآخر ماأفاده هناك

(٤) اى اضافة البيع الى الغير في اللفظ : بأن قال : بعت لزيد طناً من الحنطة

(٥) اى الى الغير

(٦) اى الى الغير

---

(٠) اى للعامل

وإن لم يقصده (١) ، أولم يضفـه (٢) اليه ظهر من ذلك (٣) التنافي بين

(١) اى وإن لم يقصد الفضولي البيع ، أو الشراء للغير

(٢) اى وان لم يضف الفضولي البيع ، أو الشراء الى الغير

فهنا صور أربعة

(الاولى) : قصـد الفضولي البيع ، أو الشراء للغـير من دون ابراز باللفظ

(الثانية) : إضافة الفضولي البيع ، أو الشراء الى الغير باللفظ

(الثالثة) : إضافة الفضولي الكلي الى الغير وإن لم يقصد البيـع أو الشراء للغير

(الرابعة) : اضافة الفضولي الكلي الى الغير وإن لم يضف البيـع أو الشراء الى الغير

ففي جميع هذه الصور يوجب صرف الكلي الى ذمة ذلك الغير

(٣) اى ظهر لك بعد ذكر هـذه الصور أن قصد البيع للغـير أو اضافته اليه في اللفظ يوجب صرف البيع الى الغير

وجه الظهور أن العاقد الفضولي عند مايقول : اشتريت هـذا لزيد بعشرة دنانير في ذمتي فقد جمع بين شيئين متناقضين ، لأن معنى اشتريت لزيد أن العاقد قصد وقوع المبيـع لزيد ، ولازمه أن يكون الثمن المدفوع ازاء هذا الشراء من ملك زيد ، للزوم خروج الثمن عن ملك من يدخل المثمن في ملكه ، ومن الواضح أن زيداً هو الذى دخل المثمن في ملكه

ولكن عند مايقول العاقد الفضولي بعد ذلك : في ذمتي فقد اسنـد الكلي وهو ثمن الشراء واضافه الى نفسه ولازم هذا الإسناد وهذه الاضافة خروج الثمن من ملك من لم يدخل المثمن في ملكه

وهذا معنى الجمع بين المتنافيين والمتناقضين

اضافة البيع الى غيره ، واضافة الكلي الى نفسه (١) ، أوقصده من غير المضافة

وكذا بين اضافة البيع الى نفسه ، واضافة الكلي الى غيره (٢)

فلو جمع بين المتنافيين بأن قال : اشتريت هذا لفلان بدرهم في ذمتي أو اشتريت هذا لنفسي بدرهم في ذمة فلان

ففي الاول (٣) يحتمل البطلان ، لأنه في حكم شراء شيء للغير بعين ماله

ويحتمل إلغاء أحد القيدين (٤) ، وتصحيح المعاملة لنفسه (٥) أو لغيره (٦)

وفي الثاني (٧) يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير ليقع للغير بعد اجازته

لكن (٨) بعد تصحيح المعاوضة بالبناء على التّملك في ذمة الغير اعتقاداً

---

(١) كما في قوله : بعتك طناً من حنطة زيد في ذمتي

(٢) كما في قوله : بعتك طناً من الحنطة بذمة زيد

(٣) اى المثال الاول وهو قوله : اشتريت هذا لفلان بدرهم في ذمتي

(٤) وهما : قيد لفلان ، وقيد في ذمتي

(٥) اذا اُلغي قيد لفلان

(٦) اذا اُلغي قيد في ذمتي

(٧) اى المثال الثاني وهو قوله : اشتّريت هذا لنفسي بدرهم في ذمة فلان

(٨) اى لكن وقوع المعاوضة للغير مبني على تملك المباشر ذمة الغير اعتقاداً ، اذ لولا هذا البناء لم يتحقق مفهوم المعاوضة الحقيقية ، حيث اُخِذ في مفهومها مبادلة مال بمال كما عرفت في تعريف البيع في الجزء ٦ من المكاسب من طبعتنا الحديثة . ص ٧

ويحتمل الصحة (١) بالغاء قيد ذمة الغير ، لأن تقييد الشراء اولا بكونه لنفسه يوجب الغاء ماينافيه : من اضافة الذمة الى الغير

والمسألة (٢) تحتاج الى تأمل

ثم إنه قال في التذكرة : لو اشترى فضولياً فإن كان بعين مال الغير فالخلاف (٣) في البطلان ، أوالوقف على الاجازة (٤) إلا أن أبا حنيفة قال : يقع للمشتري بكل حال (٥)

وإن كان (٦) في الذمة لغيره واطلق اللفظ

قال علماؤنا : يقف على الاجازة ، فإن اجازه صح ولزمه اداء الثمن وإن رد نفذ عن المباشر (٧)

---

(١) اى في المثال الثاني المشار اليه في ص ٢٥٣ اى يحتمل صحة هذه المعاوضة ووقوعها للعاقد الفضولي بإلغاء قيد ذمة الغير في قوله : في ص ٢٥٣ في ذمة فلان

(٢) وهي مسألة قصد البيع ، أو الشراء للغير ، أوإضافته الى الغير باللفـــظ

(٣) اى الخـــلاف المعهود في بيع مال الغير لنفسه : من البطلان أو التوقف على اجازة الغير جار في الشراء للغير بعين ماله

فكل ماقيل هناك يقال هنا

(٤) اى على اجازة المالك

(٥) اى سواء اجاز المالك ، أم رد

(٦) اى الشراء الفضولي الذى كان للغير إن كان بثمن في ذمـــة العاقد المباشر ، واطلق اللفظ المباشر عنـــدما اجرى الصيغة : بأن قال : اشتريت طناً من الحنطة من دون أن يقول : في ذمتي لفلان

(٧) وهو العاقد الفضولي اى يكون الشراء له ويجب عليه دفع الثمن

وبه (١) قال الشافعي في القديم وأحمدُ : وإنما يصح الشراء (٢) ، لأنه تصرف في ذمتـه ، لافي (٣) مال غيره ، وإنما (٤) توقف على الاجازة لأنه (٥) عقد الشراء له ، فان اجازه لزمه ، وإن رده لزم لمن (٦) اشتراه

---

(١) اى وبنفوذ الشراء عن المباشر إن رد الشراء الغير قال الشافعي في القديم ، حيث كان للشافعي رايان :

رأي عندما كان يسكن في (بغداد) فيسمى قديماً

ورأي عند ماذهب الى البلاد المصرية وسكن في (القاهرة)

فموافقته لنفوذ الشراء للمباشر بعد رد الغير الشراء كانت بعـد خروجه من (العراق) ، وبعد سكناه في (القاهرة)

(٢) اي وإنما يقع شراء الفضولي لنفسه في صورة ردالغير ، ولا يقع للغير لاجل أن المباشر قد تصرف في ذمته : بأن جعل الثمن الذي يدفعه الى البايع في ذمته ، لافي ذمة الغير

(٣) اى ولم يتصرف المباشر الفضولي في مال الغير حتى لا يصح الشراء له كما كان التصرف في مال الغير في الفرض الاول الذي نقله الشيخ عن العلامة بقوله في ص ٢٥٨ : فإن كان بعين مال الغير

(٤) دفع وهم

حاصل الوهم : أنه لو كان الشراء يقع للمباشر المشتري ، لأنه قد تصرف في ذمته ، وأن الشراء صحيح على هذا الوجه فلماذا تتوقف المعاملة على اجازة الغير الذي رد الشراء ؟

(٥) جواب عن الوهم المذكور

خلاصتـه : أن التوقف المذكور لاجل أن المباشر قد عقد الشراء للغير من بادىء الامر وإن اضاف الثمن الى ذمته

(٦) وهو المشتري المباشر

ولا فرق بين أن ينقد (١) من مال الغير ، أولا

وقال أبو حنيفة : يقع (٢) عن المباشر وهو جديد للشافعي ، انتهى (٣)

وظاهره (٤) الاتفاق على وقوع الشراء مع الرد للمشتري واقعاً ، كما يشعر به تعليله (٥) بقوله : لأنه تصرف في ذمته ، لافي مال الغير

لكن (٦) اشرنا سابقاً اجمالاً الى أن تطبيق هذا على القواعد مشكل لأنه (٧) إن جعل المال في ذمته بالأصالة فيكون مافي ذمته كعين ماله فيكون كما لو باع عين ماله لغيره

---

(١) بالقاف بمعنى الدفع والاعطاء

(٢) اى هذا الشراء اذا رده الغير

(٣) اى ما افاده العلامة قدس سره

راجع تذكرة الفقهاء من (طبعتنا الحديثة) الجزء ٧ . ص ٩

(٤) اى وظاهر كلام العلامة اتفاق الفقهاء على أن الشراء يقع للمباشر في الواقع اذا رده الغير ، لافي الظاهر

وجه الظهور : أن الشراء كما يقع عن المجيز وينفذ واقعاً كذلك يقع وينفذ عن المباشر واقعاً بقرينة المقابلة فكما يراد هناك من الوقوع الواقع كذلك يراد هنا الواقع

(٥) اى تعليل العلامة في التذكرة

(٦) من هنا يروم الشيخ الإشكال على العلامة فيما افاده : من وقوع الشراء للمباشر المشتري اذا رده الغير

(٧) هذا وجه الإشكال

وخلاصته : أن وقوع الشراء للمباشر مخالف للقواعد الفقهية وتطبيقه على تلك القواعد مشكل ، لأن المباشر الفضولي إن جعل ثمن الشراء ـ

والأوفق (١) بالقواعد في مثل هذا (٢) إما البطلان لو عمل بالنية (٣) بناءً على أنه لا يُعقل في المعاوضة دخول عوض مال الغير في ملك غيره قهراً

وإما صحته ووقوعه لنفسه (٤) لو الغيت النية (٥) ، بناء (٦) على انصراف المعاملة الى مالك العين قهراً وإن نوى خلافه

وإن جعل (٧) المال في ذمته ، لامن حيث الأصالة ، بل من حيث جعل نفسه نائباً عن الغير فضولاً فمع الإشكال (٨) في صحة هذا لو لم يرجع الى الشراء في ذمة الغير : أن اللازم من هذا أن الغير اذا رد هذه المعاملة ، وهذه النيابة تقع فاسدة من اصلها ، لا أنها تقع للمباشر

- في ذمته بالأصالة معناه أنه جعله من عين ماله ،فيكون حينئذ كمن باع عين ماله لغيره

فكما أنه لايجوز ذلك ، كذلك لايجوز هذا الشراء

(١) هذا رأي الشيخ حول الشراء للغير فضولاً

(٢) اى في مثل هذا الشراء

(٣) اى نية الشراء للغير

(٤) اى لنفس المباشر الفضولي

(٥) اى نية الشراء للغير

(٦) تعليل لإلغاء النية ، اي إلغاء نية الغير مبني على القول بانصراف مثل هذه المعاملة الى مالك العين وهو الثمن وإن نوى المباشر الشراء للغير

(٧) اى المباشر الفضولي

(٨) اى مع الإشكال في صحة مثل هذه النيابة

وجه الاشكال هو أن جريان الفضولي في الوكالة امر مشكل ، لأن الوكالة عبارة عن الاستنابة عن الموكل ، والفضولي عبارة عن المباشرة من عند نفسه فهو مقابل للوكالة

نعم اذا عجز المباشر من اثبات ذلك (١) على البائع لزمه ذلك (٢) في ظاهر الشريعة كما ذكرنا سابقا (٣) ونص عليه (٤) جماعة في باب التوكيـــل

وكيف كان فوقوع المعاملة في الواقع مرددة بين المباشر ، والمنوي (٥) دون (٦) التزامه خرط (٧) القتاد

ويمكن تنزيل العبارة (٨)

---

(١) اى من اثبات أنه جعل المال في ذمتــه لامن حيث الأصالة بل من حيث جعل نفسه نائباً عن الغير

(٢) اى وقوع الشراء لنفس المباشر يكون في الظاهر ، لافي الواقع

(٣) اى في ص ٢٥٤ عند قوله : لوقوع العقد له ظاهراً

(٤) اى على وقوع الشراء للمباشر ظاهراً جماعة من المحققين كالمحقق وفخر الاسلام ، والمحقق الكركي , والسيوري والشهيد الثاني

راجع (شرايع الاسلام) الطبعة الجديدة . الجزء ٢ . ص ٢٠٥

اليك نص عبارة المحقق في المصدر نفسه

(الرابعة) : اذا اشترى انسان سلعةً وادعى أنه وكيل لانسان فانكر كان القول قوله مع يمينــه ، ويُقضى على المشتري بالثمن ، سواءً اشترى بعين ، أم في ذمة ، إلا أن يكون ذكر أنه يبتاع له في حالة العقد

(٥) وهو الغير الذي اشترى له المباشر الفضولي

(٦) اى عند التزامه

(٧) اى صعب مستصعب ، وامر مشكل

قد مضى شرح كلمتي (خرط القتاد) في الجزء ٥ من المكاسب من طبعتنا الحديثة . في الهامش ٥ . ص ٣٤٢

(٨) اى عبارة العلامة في التذكرة في قوله : وإن رد نفذ عن المباشر

على الوقوع للمباشر ظاهراً ، لكنه بعيد (١)

(الثاني) (٢) الظاهر أنه لافرق فيا ذكرنا : من أقسام بيع الفضولي بين البيع العقدي والمعاطاة ، بناءً على افادتها للملك ، اذ لافارق بينها وبين العقد ، فإن التقابض بين الفضوليين ، أوفضولي واصيل اذا وقع بنية التمليك والتملك فاجازه المالك فلا مانع من وقوع المجاز من حينه ، أو من حين الاجازة ، فعموم مثل قوله تعالى : ﴿واحل الله البيع﴾ شامل (٣)

ويؤيده (٤) رواية عروة البارقي ، حيث إن الظاهر (٥) وقوع المعاملة بالمعاطاة

---

(١) اى هذا الحمل بعيد

وجه البعد : أن العلامة قدس سره علل وقوع الشراء للمباشر بقوله : لأنه تصرف في ذمته ، والتعليل هذا يقتضي وقوعه للمباشر في الواقع لافي الظاهر ، لأنه اذا كان المراد من وقوع الشراء وقوعه للمباشر ظاهراً لكان الأنسب في التعليل أن يقول : لأن العقد وقع له بمقتضى اطلاقه

(٢) اى من الامرين الذين قال الشيخ في ص ٢٥١ : بقي هنا امران

(٣) اى للبيع المعاطاتي ، والشراء المعاطاتي اذا وقعا على نحو الفضولي

(٤) اى ويؤيد عدم الفرق بين أقسام البيع الفضولي بين كونه بالعقد ، أو بالمعاطاة

(٥) اى الظاهر من رواية عروة البارقي

وجه الظهور هو الغلبة ، حيث إن أغلب المعاملات الواقعة في الخارج تقع على وجه المعاطاة من بداية ظهور الاسلام الى يومنا هذا كما عرفت ذلك في الجزء ٦ من المكاسب من طبعتنا الحديثة في الهامش ٢ ص ٣٥١ فراجع

وتوهم الإشكال (١) فيه من حيث إن الاقباض الذي يحصل به التمليك محرم ،لكونه تصرفا في مال الغير فلا يترتب عليه اثر في غير (٢) محله ، اذ (٣) قد لايحتاج الى إقباض مال الغير كما لو اشترى الفضولي لغيره في الذمة ، مع (٤) أنه قد يقع الاقباض مقروناً برضا المالك، بناءً

---

(١) اى وتوهم اتيان الإشكال في عدم الفرق بين أقسام البيع الفضولي في وقوعه بالعقد ، أو بالمعاطاة في غير محله

وجه الاشكال : أن الاقباض شرط في تحقق المعاطاة في الخارج ، لحصول التمليك والتملك بهذا الاقباض

ولا شك أن الاقباض هنا محرم ، لكونه تصرفاً في مال الغير ، واذا كان محرماً لايترتب عليه الاثر : وهو النقل والانتقال فلا يقع بيع الفضولي في المعاطاة

(٢) اى الاشكال المذكور في غير محله

وقد رد الشيخ الاشكال بأجوبة أربعة ، ونحن نذكر كل واحد منها تحت رقمه الخاص

(٣) هذا هو الجواب الاول

وخلاصته : أن الاقباض ليس شرطاً في تحقق مفهوم المعاطاة ، لأن من المعاطاة مالا يحتاج الى الاقباض كما لو اشترى الفضولي شيئاً بذمته لزيد فهنا لايحتاج الى الاقباض حتى يقال بحرمته ، لكونه تصرفاً في مال الغير

(٤) هذا هو الجواب الثاني

وخلاصته : أنه لو قلنا باحتياج المعاطاة الى الاقباض ، لكن نقول بعدم حرمته فيما نحن فيه ، لوقوع المعاطاة مقرونة برضا المالك ، لكون الفضولي عالماً برضاه

-

على ظاهر كلامهم من أن العلم بالرضا لايخرج المعاملة عن معاملة الفضولي

مع (١) أن النهي لايدل على الفساد

مع (٢) أنه لو دل لدل على عدم ترتب الاثر المقصود وهو استقلال الاقباض في السببية ، فلا ينافي كونه (٣) جزء سبب

- هذا بناءً على عدم إخراج العلم بالرضا المعاملة عن الفضولي

(١) هذا هو الجواب الثالث

وخلاصته : أنه لو تنازلنا عن مقالتنا : وهو عدم دلالة النهي على حرمة الاقباض ، وقلنا بدلالته عليها

لكن نقول بعدم دلالته على فساد البيع ، لعدم تعلق النهي بالاقباض من حيث إنه بيع ، بل تعلق به من حيث إنه تصرف في مال الغير

ومن الواضح أن هذا امر خارج عن حقيقة البيع

(٢) هذا هو الجواب الرابع

وخلاصته : أنه لو تنازلنا عما قلناه : من عدم تعلق النهي بالاقباض من حيث هو بيع ، بل من حيث هو تصرف في مال الغير ، وقلنا بتعلقه به من حيث إنه بيع فيدل على الفساد

لكن نقول : إنه يراد من الفساد عدم ترتب الاثر الذي هو النقل والانتقال في الخارج : بمعنى أن الاقباض لايكون سبباً مستقلاً ، وعلة تامة لتحقق ذاك الاثر في الخارج

نعم هو جزء سبب لحصول الاثر في الخارج ، وجزؤه الآخر هو الرضا والاجازة

(٣) اى الاقباض كما عرفت آنفاً

وربما يستدل على ذلك (١) بأن (٢) المعاطاة منوطة بالتراضي ، وقصد الاباحة ، أوالتمليك ، وهما (٣) من وظائف المالك ، ولا يتصور صدورهما من غيره ، ولذا (٤) ذكر الشهيد الثاني أن المكره والفضولي قاصدان اللفظ ، دون المدلول ، وذكر أن قصد المدلول لايتحقق من غير المالك ومشروطة (٥) ايضاً بالقبض والاقباض من الطرفين ، أو من أحدهما

---

(١) اى على بطلان بيع الفضولي في المعاطاة ، وعدم جريانه فيه والمستدل هو المحقق التستري صاحب المقابيس قدس سره

وقد استدل على ذلك بوجهين نشير اليهما عند ماينقلها الشيخ عنه

(٢) هذا هو الوجه الاول وهو مركب من قياس منطقي من الشكل الاول هكذا :

(الصغرى) : المعاطاة منوطة بالتراضي ، وقصد الإباحة ، أوالتمليك من المتعاطيين ، فحقيقة المعاطاة ذلك لاغير

(الكبرى) : وكل ما كان كذلك فلا يعقل صدوره من الفضولي لأن التراضي ، وقصد الاباحة ، أو التمليك من وظائف المالك

(النتيجة) : فالفضولي لايقع في المعاطاة

(٣) اى التراضي ، وقصد الاباحة ، أوالتمليك كما عرفت في الصغرى

(٤) اى ولاجل أن التراضي ، وقصد الاباحة ، أو التمليك من وظائف المالك ، ولا يعقل صدورهما من غيره وهو العاقد الفضولي

(٥) بالرفع عطفاً على قوله : منوطة ، اى وأن المعاطاة مشروطة بالقبض والاقباض

هذا هو الوجه الثاني من وجهي المستدل

وخلاصته : أن القبض والاقباض من الطرفين ، أومن احدهما -

مقارناً (١) للامرين ، ولا اثر لها (٢) إلا اذا صدرا من المالك ، أوباذنه

وفيه (٣) أن اعتبار الاقباض والقبض في المعاطاة عند من اعتبره

- في المعاطاة معتبر ، لكن لامطلقا ، بل اذا وقعا مقارناً للاباحة ، أوالتمليك وإنما يؤثر القبض والاقباض اذا صدرا من المالك الاصيل ، أو باذنه

ومن الواضح أن الفضولي ليس باصيل ، ولامأذون من المالك فالقبض والاقباض الواقعان منه لا اثر لها

(١) منصوب على الحالية للقبض والاقباض ، اى حال كون القبض والاقباض مقارنين للتراضي ، والاباحة ، أو التمليك كما عرفت

(٢) اى للقبض والاقباض كما عرفت

(٣) اي وفيما افاده المحقق التستري : من بطلان جريان الفضولي في المعاطاة نظر

لايخفى أن الشيخ قدس سره قد تصدى للرد على الوجه الثاني من وجهي المستدل : وهو اشتراط القبض والاقباض واعتبارهما في المعاطاة حال كونهما مقارنين للتراضي ، وقصد الاباحة ، أو التمليك

وأما الوجه الاول فالشيخ يعترف بمسلمية كلية الكبرى التي عرفتها في الهامش ٢ ص ٢٦٦ : لكنه يخدش في الصغرى : وهي عدم تعقل صدور التراضي ، وقصد الاباحة ، أو التمليك من غير المالك

وقد اشار الى الكبرى بقوله في ص ٢٧٠ : نعم لو قلنا : إن المعاطاة لايعتبر فيه القبض والاقباض

والى الصغرى بقوله في ص : ٢٧١ لكن الانصاف

ونحن نشير اليهما عند ما يذكرهما الشيخ

وخلاصة الرد عن الوجه الثاني : أننا لانعتبر القبض والاقباض -

فيها إنما هو لحصول إنشاء التمليك ، أوالاباحة فهو (١) عندهم من الأسباب الفعلية كما صرح الشهيد في قواعده ، والمعاطاة عندهم عقد فعلي ، ولذا (٢) ذكر بعض الحنفية القائلين بلزومها (٣) أن البيع ينعقد بالايجاب والقبول وبالتعاطي

وحينئذ (٤) فلا مانع من أن يقصد الفضولي باقباضه المعنى القائم بنفسه المقصود من قوله : ملكتك ، واعتبار (٥) مقارنة الرضا من المالك للانشاء الفعلي ، دون القولي ، مع اتحاد أدلة اعتبار الرضا ، وطيب النفس

- في المعاطاة ، إذ المعاطاة عبارة عن الانشاءالفعلي ينشأ بها الاباحة أو التمليك فهما خارجان عن حقيقته

نعم هما معتبران عند من اعتبرهما لأجل حصول إنشاء التمليك أو الاباحة فهما سببان فعليان عند هذا المعتبر كالمعاطاة في أنه سبب فعلي ينشأ به التمليك ، أو الاباحة

(١) اى القبض والاقباض كما عرفت آنفاً

(٢) اى ولاجل أن المعاطاة عند الفقهاء عقد فعلي يحصل به إنشاء الاباحة ، أو التمليك

(٣) اى بلزوم المعاطاة

(٤) اى وحين أن قلنا : إن اعتبار القبض والاقباض لأجل إنشاء الاباحة ، أو التمليك ، وليس لهما ايّ دخل في تحقق مفهوم المعاطاة خارجاً حتى يقال بعدم امكان وقوعه من الفضولي

(٥) هذا رد على ما أفاده المحقق التستري : من أن المعاطاة مشروطة بالقبض والاقباض ، لكنه لامطلقا ، بل اذا كانا مقارنين بالتراضي ، وقصد الاباحة ، أو التمليك

في حل مال الغير لايخلو عن تحكم (١)

وما ذكره الشهيد الثاني (٢) لايجدي فيما نحن (٣) ، فيه لأنا لانعتبر في فعل الفضولي أزيد من القصد الموجود في قوله (٤) ، لعدم الدليل (٥) ولو ثبت (٦) لثبت منه اعتبار المقارنة في العقد القولي ايضاً

إلا أن يقال : إن مقتضى الدليل (٧) ذلك خرج عنه (٨) بالدليل معاملة الفضولي اذا وقعت بالقول

---

(١) حيث إن تلك الأدلة متحدة السياق ، من دون أن تفرق بين الرضا في السبب القولي والفعلي فهو في كلا المقامين على نسق واحد

(٢) في قوله في ص ٦٣ : إن المكرَه والفضولي قاصدان اللفظ دون المدلول

(٣) وهو وقوع البيع الفضولي في المعاطاة

(٤) اى في القول الفضولي

(٥) اى لعدم وجود دليل على شيء أزيد من القصد الموجود في القول الفضولي في الانشاء الفعلي الفضولي يعبر عن ذلك الشيء الزائد بمقارنة الرضا من المالك

(٦) اى ولو ثبت دليل على شيء أزيد من القصد الموجود في القول الفضولي في الانشاء الفعلي الفضولي لثبت في القول الفضولي أيضا من دون فرق بينهما

(٧) وهو وجود شيء أزيد من القصد

(٨) اى خرج عن هذا الدليل الدال على وجود شيء أزيد من القصد المعاملة الفضولي الواقع بالقول ، فإنه لايحتاج الى مقارنة الرضا من المالك

لكنك قد عرفت أن عقد الفضولي ليس على خلاف القاعدة (١)

نعم (٢) لو قلنا : إن المعاطاة لا يعتبر فيها قبض ولو اتفق معها بل السبب المستقل هو تراضي المالكين بملكية كل منهما لمال صاحبه مطلقا أو مع وصولهما ، أو وصول احدهما لم يعقل وقوعها (٣) من الفضولي

نعم (٤) الواقع منه ايصال المال ، والمفروض أنه لامدخل له في المعاملة فاذا رضي المالك بمالكية مَن وصل اليه المال تحققت المعاطاة من حين الرضا ولم يكن اجازة لمعاطاة سابقة

---

(١) فإن دل دليل على لزوم شيء أزيد من القصد المعبر عنه بمقارنة الرضا من المالك فلا محالة يكون ذلك الشيء الزائد في كلا قسمي عقد الفضولي القولي والفعلي ، ولا اختصاص له بالفعلي

(٢) هذا تقرير لكلية الكبرى التى افادها المحقق التستري في الوجه الأول : من أن المعاطاة منوطة بالتراضي ، وقصد الاباحة ، أو التمليك وقد عرفت الكلية عند قولنا في الهامش ٢ ص : ٢٦٦ : هذا هوالوجه الاول وهو مركب من قياس منطقي

(٣) اى وقوع المعاطاة ، بناءً على توقفها على التراضي ، وقصد الاباحة ، أو التمليك

(٤) اثبات لعدم تأثير المعاطاة الواقعة بالفضولي

وخلاصته : أن غاية ماتدل المعاطاة في الفضولي هو أن الفضولي صدر منه ايصال المال الى الآخر في مقابل مابذل صاحبه له

ومن المعلوم عدم مدخلية هذا الايصال في تحقق المعاطاة خارجاً وإنما يتحقق بعد صدور الرضا من المالك فاذا رضي المالك بمالكية مَن وصل اليه المال تحققت المعاطاة خارجاً من حين صدور الرضا : بمعنى عدم وجود معاطاة قبل صدور هذا الرضا ، ولذا قال الشيخ : ولم يكن اجازة ـ

لكن (١) الانصاف أن هذا المعنى غير مقصود للعلماء في عنوان المعاطاة وإنما قصدهم الى العقد الفعلي

هذا (٢) كله على القول بالملك

وأما على القول بالإباحة فيمكن القول ببطلان الفضولي ، لأن افادة المعاملة المقصود بها الملك الاباحة (٣)

= لمعاطاة سابقة ، اى ولم يكن هذا الرضا الحاصل اجازة لمعاطاة كانت واقعة قبل

(١) من هنا يروم الشيخ أن يمنع الكبرى المذكورة في الهامش ٢ ص ٢٦٦ بقولنا : وكل ما كان كذلك فلا يعقل صدوره من الفضولي ، لأن التراضي ، وقصد الاباحة ، أو التمليك من وظائف المالك ، والفضولي ليس مالكاً ، ولا مأذونا منه

وخلاصة المنع : أننا نمنع كون السبب المستقل في المعاطاة هو التراضي من المالكين لاغير ، وأن التراضي في حق الفضولي لا يمكن تصوره وتعقله وأن الفضولي آلة في ايصال المال الى طرفه الآخر ، لأن هذا المعنى لايكون مقصوداً من العلماء في المعاطاة عند مايعنونونه في الأبواب الفقهية ، حيث إنهم يرونه من العقود الفعلية ، ومعنى كونه عقداً فعلياً أنه يعتبر فيه جميع ما يعتبر في العقد القولي فهو مشتمل على جميع مافي القولي إلا الرضا فليس معنى الفضولي سوى وقوع ايصال المال الى الآخر كما يستفاد من استدلال المحقق المذكور

(٢) اى ماقلناه : من جريان الفضولي في المعاطاة ، أو عدم جريانه فيه مبني على القول بكون المعاطاة تفيد الملكية ، لا الاباحة

(٣) مفعول لقوله : لأن افادة المعاملة

خلاف القاعدة (١) فيقتصر فيها على صورة تعاطي المالكين (٢)

مع أن (٣) حصول الإباحة قبل الاجازة غير ممكن ، والآثار الأُخر مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التصرف اذا وقعت في غير زمان الاباحة الفعلية (٤) لم تؤثر أثراً ، فاذا اجاز حدث الاباحة من حين الاجازة اللهم (٥) إلا أن يقال بكفاية وقوعها ، مع الاباحة الواقعية اذا كشف

---

(١) اذ القاعدة تقتضي متابعة العقود للقصود ، وهنا لم تحصل المتابعة لأن المقصود بالمعاطاة التمليك فافادتها الاباحة خلاف القاعدة ، فيلزم حينئذ ماوقع لم يقصد ، وما قصد لم يقع

(٢) دون تعاطي الفضوليين ، أو فضولي واحد

(٣) اى وبالاضافة الى أن افادة المعاطاة الاباحة مع قصد المتعاطيين التمليك على خلاف القاعدة يلزم إشكال آخر : وهو حصول الاباحة قبل صدور الاجازة وهو امر غير ممكن : لأن الاباحة تتوقف على طيب النفس المستفاد من قوله عليه السلام : لايحل مال امرءٍ مسلم إلا بطيب نفسه

ولا يخفى أن توقف الاباحة على طيب النفس فيما اذا كان المراد منها الاباحة المالكية

وأما اذا اريد منها الشرعية فهي ثابتة عند قصد المتعاطيين التمليك ولا يتوقف على الطيب

(٤) المراد من زمن الاباحة الفعلية هو زمان صدور الاجازة من المالك

(٥) استدراك عما افاده : من عدم تأثير للآثار الأخرى اذا وقعت في غير زمن الإباحة الفعلية

وخلاصته : أنه اذا قلنا بكفاية وقوع تلك الآثار مع الإباحة الواقعية وهي زمن الكشف فحينئذ تؤثر تلك الآثار مثل البيع والهبة أثرها

عنها الاجازة ، فافهم (١)

(القول في الاجازة والرد) أما الكلام في الاجازة فيقع (تارة) في حكمها وشروطها (واخرى) في المجيز (وثالثة في المجاز)

أما حكمها فقد اختلف القائلون بصحة الفضولي (٢) بعد اتفاقهم على توقفها على الاجازة (٣) في كونها كاشفة : بمعنى أنه يحكم بعد الاجازة بحصول آثار العقد من حين وقوعه حتى كأن الاجازة وقعت مقارنة للعقد

أو ناقلة : بمعنى ترتب آثار العقد من حينها حتى كأن العقد وقع حال الاجازة (٤) على قولين (٥)

---

(١) لعله اشارة الى ماقلناه : من أن المراد من الاباحة الاباحة المالكية ، فلذا تتوقف على الاجازة

بخلاف ما اذا كان المراد منها الاباحة الشرعية

(٢) قد عرفت في اشتراط كون المتعاقدين مالكين صحة عقد الفضولي بعد صدور الاجازة من المالك الاصيل

(٣) حيث إنها شرط في صيرورة المعاملة صحيحة

(٤) وتظهر الثمرة على القولين في النماءات المترتبة على العين من حين صدور العقد الى زمن صدور الاجازة

فإن قلنا بالكشف فنماءات كل من المثمن والثمن لصاحبها ، اى نماء المثمن للمشتري ، ونماء الثمن للبائع قبل صدور الاجازة

وإن قلنا بالنقل فنماء المثمن لصاحبه ، ونماء الثمن لصاحبه قبل الاجازة

(٥) الجار والمجرور متعلق بقوله : اختلف القائلون

فالاكثر على الاول (١)

---

(١) وهو الكشف

قبل الورود في أدلة الطرفين في مقام الاثبات لابأس بالتكلم عن مقام الثبوت : وهو إمكان كل واحد منهما ، اذ مع امتناع احدهما ، أو كليهما ثبوتاً لامجال للبحث عن مقام الاثبات حتى يقال : إن مقتضى القواعد العامة الكشف ، أو النقل

فنقول : ذهب بعض الأعلام الى امتناع القول بالنقل في الاجازة للزوم تأثير المعدوم وهو العقد المنصرم في الموجود وهو النقل ، فإن العقد بعد صدور الاجازة كان معدوماً فكيف يؤثر في الموجود ، اذ العقد إما تمام السبب في الاثر وهو النقل والإنتقال الذي هو معنى الاسم المصدري أو جزئه ، وعلى كلا التقديرين لايعقل تأثيره في الموجود

وفيه أن المعدوم عند صدور الاجازة هو اللفظ الصادر من العاقد لا المعنى المنشأ الذي هو النقل والانتقال بواسطة اللفظ ، اذ هو باق في عالم الاعتبار فلا يصح قياسها بالامور التكوينية

بعبارة أوضح أن العقود الصادرة بواسطة الألفاظ ، أوالأفعال ليست بمثابة العلل التامة في التأثيرات بحيث كلما وجدت العلة وجد المعلول ، بل هي موضوعة لحكم العقلاء والشارع

والدليل على ذلك صحة النسخ في العقود الخيارية ، وصحة الإقالة وغير ذلك من الامور المبتنية على بقاء ذلك المعنى الاعتباري

وأما الكشف فقد قيل بامتناعه ، لتوقفه على الشرط المتأخر وهو الاجازة وهو محال . =

. . . .

= وما يلزم من وجوده المحال فهو محال أيضاً

وأما وجه كون الشرط المتأخر محالاً ففيه بحث دقيق عميق تعرض له الأساطين من الأعلام ، وتصدوا للجواب عنه

ونحن ذكرنا هذا الموضوع مع الجواب عنه مسهباً في شرحنا على الكفاية (دراسات في اصول الفقه) الجزء ٢ من ص ٢١ - الى ٣٢

اليك موجز ماذكرناه في المصدر

اعلم أن الوجه في محالية الكشف هو محالية الشرط المتأخر الذي هو الاجازة ، لأن الشرط من أجزاء العلة التامة واذا كان من أجزاء العلة فيجب تقدمه ، لوجوب تقدم العلة بتمام أجزائها على المعلول ، وحينئذ يمتنع تأثير المتأخر وجوداً في المتقدم وجوداً وهو العقد ، لأن وجود العقد كان قبل وجود الاجازة كما هو المفروض فكيف يعقل تأثيره فيه

إذاً يمتنع القول بالكشف

بيان ذلك أنه قد قرر في علم المعقول أن العلة لابد أن تكون مقارنة للمعلول زماناً ، ومتقدمة عليه رتبة ، من دون فرق بين العلة التامة أو جزء العلة

اذا عرفت ذلك فلا معنى لتأخر الشرط عن المشروط ، أو المقدمة عن ذيها ، لأن تأخر الشرط الذي هو جزء العلة يستلزم أن يكون المعلول معدوماً قبل وجوده وتحققه ، والمفروض أنه موجود

فاذاً يلزم عدم تأثيره فيه وهو خلف ، ضرورة أن العلة لامحالة مؤثرة في المعلول تامة كانت ، أو ناقصة

غاية الامر أن التأثير يختلف بحسب حال العلة ، لأن العلة إن كانت =

. . . .

- تامة كان تأثيرها تاماً ، وإن كانت ناقصة كان تأثيرها ناقصاً

وعلى هذا فلو فرض تأثير الشرط المتأخر وجوداً في المعلول فعلاً لزم تأثير المعدوم في الموجود وهو محال ، لأن الشرط حين وجود المعلول كان معدوماً ، ومعه كيف يؤثر فيه

والاشكال هذا بعينه يجري في الشرط المتقدم زماناً ايضاً ، كما في العقد في باب الوصية ، وفي مسألة الصرف والسلم ، فإن العقد في الاول سبب لحصول الملكية بعد الموت وشرط له ، مع أنه متقدم عليه زماناً ، لأن العقد في زمان حياة الموصي ، وحصول الملكية بعد مماته

وفي الثاني سبب لحصول الملكية بعد القبض والاقباض ، لاقبلهما فيكون متقدماً عليه زماناً ، مع إنصرام العقد في كليهما حين وجود المشروط وتحققه

فاذاً كيف يكون مثل هذا العقد مؤثراً

فكما أن تأثير المتاخر زماناً في المتقدم زماناً غير معقول كالاجازة كذلك تأثير المتقدم زماناً في المتأخر زماناً، لأن التأثير والتأثر يقتضيان المقارنة بحسب الزمان

مثال تأثير المتقدم زماناً في المتأخر زماناً غسل المستحاضة قبل الفجر فإنه شرط لصحة الصوم ، مع أنه متقدم عليه زماناً

ولا يخفى أن الإشكال المذكور بعينه يجري في كل عقد من العقود بالنسبة الى غالب أجزائه ، فإن أجزاءه كالباء والعين والتاء في بعت مثلاً تنصرم شيئاً فشيئاً حين القبول ، وأجزاء القبول كالقاف والباء واللام والتاء في قبلت مثلاً تنصرم حين التأثير في المشروط وهوحصول الملكية للطرفين -

واستدل عليه (١) كما عن جامع المقاصد والروضة بأن (٢) العقد سبب تام في الملك ، لعموم قوله تعالى : أوفوا بالعقود ، وتمامه (٣) في الفضولي إنما يعلم بالاجازة فاذا اجاز تبين كونه تاماً يوجب ترتب الملك عليه ، وإلا (٤) لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصة ، بل به مع شيء آخر

وبأن (٥) الاجازة

- والمقارن لحصول الملكية إنما هو التاء ، لاجميع حروف الايجاب والقبول

فكيف يمكن تقدم الشرط ، أو المقتضي على المشروط ، مع أنه جزء العلة ، والعلة بأجزائها متقدمة على المعلول رتبة ، ومقارنة له زماناً ، ولازم القول بالتقدم زماناً هو تصرم أجزاء العلة حين وجود المعلول ، مع ضرورة اعتبار مقارنتها معه زماناً

إذاً يلزم انخرام القاعدة العقلية : وهي مقارنة أجزاء العلة لوجود المعلول زماناً ، وتقدمها عليه رتبة في الشرط المتأخر والمتقدم ، وفي كل عقد بالنسبة الى غالب أجزائه المتصرمة ، ولا يختص الإشكال المذكور الشرط المتأخر كما عرفت

وأما الجواب عن هذه العويصة المشكلة فيأتي عندما يحتال الشيخ في الجواب عنها

(١) اى على الكشف بدليلين

(٢) هذا هو الدليل الاول ، وقد ذكره الشيخ في المتن فلا نعيده

والمراد من تمامية السبب كون العقد علة تامة للنقل والانتقال

(٣) اى وتمام العقد

(٤) اى وإن لم يكن تمام العقد في الفضولي بالاجازة

(٥) هذا هو الدليل الثاني للمحقق الكركي وهو مركب من مقدمات ثلاث :

-

متعلقة بالعقد (١) فهي (٢) رضا بمضمونه ، وليس (٣) إلا نقل العوضين من حينه

وعن فخر الدين في الايضاح الاحتجاج لهم (٤) بأنها لو لم تكن كاشفة (٥) لزم تأثيرالمعدوم (٦) في الموجود ، لأن العقد حالها عدم ، انتهى

ويرد على الوجه الاول (٧) أنه إن اريد بكون العقد سبباً تاماً كونه علة تامة للنقل اذا صدر عن رضا المالك فهو مسلم

إلا أن بالاجازة لايعلم تمام ذلك السبب ، ولا يتبين كونه تاماً ، إذ الاجازة لاتكشف عن مقارنة الرضا ، غاية الامر أنلازم صحة عقد الفضولي

– (الاولى) : إنشاء النقل من العاقد الفضولي من زمن العقد

(الثانية) : أن اجازة المالك متوجهة الى تمام ماانشأه الفضولي بعقده

(الثالثة) : أن أدلة صحة عقد الفضولي باجازة المالك تقضي بوقوع ما انشأه الفضولي ثم رضاً به المالك

(١) هذه هي المقدمة الثانية

(٢) اى الاجازة رضاً بمضمون العقد

هذه هي المقدمة الثالثة

(٣) اى وليس مضمون العقد سوى نقل العوضين من حين وقوع العقد

هذه هي المقدمة الاولى

(٤) اى للقائلين بالكشف

(٥) بأن كانت ناقلة

(٦) كما عرفت في الهامش ١ ص ٢٧٤ عند قولنا : للزوم تأثير المعدوم في الموجود

(٧) اى من وجهي استدلال المحقق الكركي على الكشف في الاجازة في نقل الشيخ عنه في ص ٢٧٧ بقوله : بأن العقد سبب تام في الملك

كونها قائمة مقام الرضا المقارن فيكون لها دخل في تمامية السبب كالرضا المقارن فلا معنى لحصول الاثر قبله

ومنه (١) يظهر فساد تقرير الدليل (٢) بأن العقد الواقع جامع لجميع الشروط ، وكلها حاصلة إلا رضا المالك فاذا حصل بالاجازة عمل السبب عملـه ، فإنه إذا اعترف أن رضا المالك من جملة الشروط فكيف يكون كاشفاً عن وجود المشروط (٣) قبله

ودعوى (٤) أن الشروط الشرعية ليست كالعقلية ، بل هي بحسب

---

(١) اى ومن ايرادنا على الوجه الاول

(٢) وهو القول بالكشف كما ذهب اليه المحقق الكركي

والباء في بأن العقد بيان لكيفية تقرير دليل الكشف الذي افاده المحقق الكركي

والتقرير هذا عين الدليل الذي اقامه المحقق الكركي

لكن بتعبير آخر : وهو أن عقد الفضولي جامع لشروط الإمضاء وأنه سبب تام عند الشارع ، وموجب لترتب مسببه عليه وهو النقل والانتقال فيتوجه نحوه خطاب وجوب الوفاء بالعقد بعد صدور الاجازة

(٣) تعليل من الشيخ لظهور فساد التقرير المذكور

خلاصته : أن القائل بالكشف اذا اعترف أن رضا المالك من جملة شرائط صحة العقد فكيف يعقل أن يكون الرضا كاشفاً عن وجود المشروط وهو النقل والانتقال قبل وجود الشرط الذي هو الاجازة الحاصل برضا المالك

(٤) المدعي هو الشيخ صاحب الجواهر قدس سره القائل بالكشف فإنه لدفع محذور الشرط المتأخر ادعى أن الشروط الشرعية ليست كالشروط العقليـة

مايقتضيه جعل الشارع فقد يجعل الشارع مايشبه تقديم المسبب على السبب كغسل الجمعة يوم الخميس ، وإعطاء الفطرة قبل وقتها ، فضلاً عن تقدم المشروط على الشرط كغسل الفجر بعد (١) الفجر للمستحاضة الصائمة وكغسل (٢) العشائين لصوم اليوم الماضي على القول به

— وخلاصة ما افاده في هذا المقام هو التصرف في لفظ الشرط ، لا في معناه . فإن معناه الاصطلاحي الذي هو تقدم الشرط على المشروط عقلاً باق على ما كان ، وكيفية التصرف هي أن الشرط في الحقيقة في الموارد المذكورة هو الامر المنتزع من الشرط المتأخر ، والامر المنتزع هو تعقب الاجازة بالعقد ، ولحوقها به ، وهذا أمر مقارن للعقد ، أو تعقب الغسل في يوم الخميس بيوم الجمعة ، أو تعقب اعطاء الفطرة قبل وقتها بوقتها أو تعقب غسل المستحاضة قبل الفجر بوقت الفجر

وليس الشرط بنفسه شرطاً حتى يقال : إنه متأخر فكيف يجوز أن يجعل شرطاً ، مع أنه لابد من تقدم العلة بتمام أجزائها على معلولها

والسر في ذلك هو أن الأحكام الشرعية من الامور الاعتبارية فتكون حقيقتها نفس الاعتبار وعينها فيجوز للمعتبر أن يعتبر الشرط امراً غير موجود فيجعل مايشبه تقديم المسبب على السبب كما في تقديم غسل الجمعة في يوم الخميس ، أوتقديم إعطاء الفطرة على وقتها وهو إهلال هلال شوال

(١) اى بعد طلوع الفجر ، فإن طلوعه شرط في وجوب الغسل للمستحاضة حتى يصح صومها ، فتقديم الغسل هنا من باب تقديم المشروط على الشرط

(٢) اى وكغسل المستحاضة لصلاة المغرب والعشاء ، فإن الأغسال الليلية للمستحاضة معتبرة في صحة صومها في اليوم الماضي بحيث لو لم تغتسل لم يصح صومها المتقدم

ملغوعة (١) بأنه لافرق فيما فرض شرطاً ، أوسبباً بين الشرعي ، وغيره وتكثير الأمثلة (٢) لا يوجب وقوع المحال العقلي فهي كدعوى أن التناقض الشرعي بين الشيئين (٣) لايمنع عن اجتماعهما ، لأن النقيض الشرعي غير العقلي

فجميع ماورد مما يوهم ذلك (٤) أنه لابد من التزام أن المتأخر ليس سبباً ، أوشرطاً ، بل السبب والشرط هو الامر المنتزع من ذلك (٥)

---

(١) اى دعوى صاحب الجواهر مردودة

(٢) اى من صاحب الجواهر بقوله : كغسل الجمعة في يوم الخميس وكإعطاء الفطرة قبل وقتها ، وكغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة لصحة صومها ، وكغسل العشائين لصوم اليوم الماضي

وقد نقل الشيخ هذه الأمثلة عنه في ص ٢٨٠

(٣) كما في الحدث والطهارة ، حيث جعل الشارع الحدث مناقضاً للطهارة ، فهما متناقضان لا يمكن اجتماعهما شرعاً ، كالمتناقضين العقليين في عدم اجتماعهما

فدعوى جواز اجتماعهما مخالف لحكم العقل

(٤) وهو تأخر الشرط عن المشروط الذي هو محال عقلي

(٥) اى من الشرط المتأخر

والمنتزع في الأمثلة التي ذكرها الشيخ عن صاحب الجواهر ونظائرها هو تعقب الغسل في يوم الخميس بيوم الجمعة ، وتعقب إعطاء الفطرة قبل الإهلال بوقتها ، وتعقب الغسل قبل الفجر بالفجر

ومن الواضح أن التعقب امر مقارن للغسل ، لامتأخر عنه

لكن ذلك (١) لايمكن فيما نحن فيه (٢) بأن يقال : إن الشرط (٣) تعقب الاجازة ، ولحوقها بالعقد

وهذا (٤) امر مقارن للعقد على تقدير (٥) الاجازة ، لمخالفته (٦) الأدلـــة

---

(١) وهو الامر المنتزع

(٢) وهو العقد الفضولي

(٣) اى فيما نحن فيه

(٤) وهو تعقب الاجازة ولحوقها بالعقـد مقارن للعقد حين وقوعه

(٥) اى على فرض صدور الاجازة من المالك الاصيل

(٦) تعليل لعدم إمكان كون تعقب الاجازة ولحوقها بالعقد على تقدير صدورها هو الشرط ، لانفس الاجازة حتى يلزم المحذور المذكور

وخلاصته : أن جعل التعقب المنتزع من الشرط هو الشرط مخالف للأدلة الفقهية ، حيث إنها تصريح بأن الشرط هو نفس الاجازة وشخصها لا الامر المنتزع حتى يقال : إنه مقارن للعقد فلا يلزم المحذور المذكور

ولا يخفى أن الاساطين من الأعلام قـد تصدوا للجواب عن هـــذه العويصة الغامضـــة ، والمشكلـــة الصعبة وهي الشرط المتأخر لو قلنا : إن الاجازة كاشفة

ونحن اجبنا عنها في تعليقتنا على الكفاية (دراسات في اصول الفقه) الجزء ٢ . من ص ٢٢ - ٣٢ مايناسب المقام ، فجاء بحمد الله تبارك وتعالى وافياً للمراد ، وكافياً للبيان

اليك ماذكرناه هناك :

إن الموارد التى تُوهم انخرام القاعدة العقلية : وهي تقدم العلـــة بتمام أجزائها على المعلول ، سواءٌ أكان في الشرط المتأخر　-

. . . .

- أم في الشرط المتقدم لايخلو من أن يكون المتقـــدم ، أو المتأخر إما شرطاً في التكليف ، أو في الوضع ، أو في المأمور به

وقبل الخوض في ذلك لابد من ذكر مقدمة وهي :

إن الشرط كما مر آنفاً إما متقدم ، أو متأخر ، أو مقارن

وكل من هذه الثلاثة : كما علمت إما شرط في التكليف ، أوفي الوضع أوفي المأمور به ، فهذه تسعة أقسام :

(الاول) : الشرط المتقدم للتكليف كقولك : اذا جاء زيد فاكرمه بعده بيوم ، فالمجيء شرط لوجوب الإكرام ، مع أنه متقدم عليه بحيث يتحقق وجوب الإكرام بعد ذلك بيوم ؛ وليس له مثال في الشرعيات

وأما التمثيل له بالعقل ، والبلوغ وغيرهما فغير صحيح ، لأنهما ليسا من الشروط المتقدمة للمشروط ، فلا يكون العقل ، أو البلوغ شرطاً متقدماً للتكليف

(الثاني) : الشرط المتقدم للوضعيات كالعقد في الوصية ، فإن العقد شرط لحصول الملكية التي هي اثر وضعي ، مع أنه متقدم على المشروط زماناً

(الثالث) : الشرط المتقدم للمأمور به كغسل المستحاضة في الليل لصوم الغد ، فإن الغسل شرط لصحة الصوم غداً ، مع أنه متقدم ومنصرم حين تحقق المشروط وهو الصوم

(الرابع) : الشرط المتأخر للتكليف كقولك : تصدق بدرهم قبل مجيء زيد بيومين ، مع أن المجيء شرط لوجوب التصدق

(الخامس) : الشرط المتأخر للوضع كما في الاجازة ، بناءً على القول بالكشف ، فإن الاجازة شرط لصحة العقد ، ولحصول الملكية ، فهو شرط متأخر

-

. . . .

- (السادس) : الشرط المتأخر للمأمور به كالأغسال الليلية للمستحاضة المعتبرة في صحة صومها الماضي ، فإن الغسل شرط لصحة المأمور به وهو الصوم ، مع تأخره عنه

(السابع) : الشرط المقارن للتكليف كالوقت بالنسبة الى الصلاة فإنه شرط لوجوب الصلاة ، ومقارن له

(الثامن) : الشرط المقارن للوضع كالعلم بالعوضين المعتبر في صحة البيع ، أونحوه ، فإنه شرط مقارن لصحته التي هي من الأحكام الوضعية

(التاسع) : الشرط المقارن للمأمور به كالستر للصلاة ، فإنه شرط مقارن لها

اذا عرفت هذه الأقسام فاعلم أن الجواب عن العويصة الواردة على الشرط المتقدم ، والمتأخر متوقف على ذكر امرين

(الاول) : أنه لا إشكال في كون الأحكام الشرعية من قبيل الأعراض

فكما أن العرض امر بسيط في الخارج ، لامادة له ، ولا صورة

فكذلك الأحكام الشرعية فإنها بسائط ، لامادة لها ، ولا صورة فلا علة لها سوى العلة الفاعلية ، والغائية

خذ لذلك مثالاً الوجوب المتعلق بالصلاة ، أو الزكاة ، وكذا بقية الأحكام ليس له مادة وصورة ، لافي الخارج ، ولا في الذهن

بل له علل اربعة مشهورة :

منها العلة الفاعلية القائمة بوجود موجدها

ومنها العلة الغائية وهي العلم بمصالح الوجوب وهي متقدمة في الذهن ومتأخرة في الوجود الخارجي

-

. . . .

- (الثاني) : أنه لا إشكال في كون الأوامر والنواهي الصادرة من الموالي الحقيقية . أوالعرفية من الأفعال الاختيارية ، واذا كان كذلك فلابد للمولى من تصور كل ماله دخل في غرضه ذهناً عندما يريد أن يأمر بشيء ، أو ينهي عن شيء ، ليرغب في الامر به ، أو النهي عنه بحيث لو لم يتصور كل ماله دخل في غرضه ذهناً لم يقع ذلك الشيء مرغوباً عنده

ويسمى الذي له دخل في غرضه شرطاً ، سواء أكان متقدماً أم متأخراً أم مقارناً

خذ لذلك مثالاً :

إن المولى حين يأمر بالصلاة لابد أن يلاحظ جميع ماله دخل في الأمر بها : من المصالح حتى يأمر بها : بحيث لولاه لما صدر الامر منه

اذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أن الشرط في هذه الموارد ، سواء أكان شرطاً في التكليف ، أم في الوضع ، أم في المأمور به إنما هو الشرط بوجوده العلمي ، لابوجوده الخارجي حتى يرد الإشكال المشهور ، فإنه بعد أن كان الحكم امراً بسيطاً ، لأنه كالعرض ، وليس له من العلل الاربعة المشهورة سوى العلة الفاعلية والغائية

وقلنا : إن العلة الغائية متقدمة في الذهن ، ومتأخرة من حيث الوجود الخارجي ، وقلنا : إن الأوامر الصادرة من الموالي الحقيقية ، أو العرفية من الأفعال الاختيارية : لامجال لورود الإشكال على القول بالكشف حتى يقال : إن الشرط في الموارد المذكورة هو الوصف المنتزع الذي هو عنوان التعقب ، أو اللحوق ، وهذا امر مقارن للعقد ، لامتأخر ، ثم يقال -

. . . . ٩

- بعدم امكان الوصف المنتزع في الاجازة ، لمخالفته لظاهر الأدلة ، فإن الأدلـة ظاهرة في أن الشرط هو الاجازة بنفسها وبوجودها الخارجي لا بالوصف المنتزع

اذاً لاتنخرم القاعدة العقلية : وهي تقدم العلة بتمام أجزائها على المعلول

فتحصل من مجموع ما ذكرنا أن الشرط سواءً أكان في التكليف أم في الوضع شرط بلحاظه التصوري الذهني ، لابوجوده الخارجي ، ولايلزم أن يكون متأخراً ، فلا دخل للاجازة في الحكم بالملكية

وكذا لادخل للملاقاة في الحكم بالنجاسة ، لأن الشارع قد لاحظ الاجازة ، أو الملاقاة للنجاسة ثم حكم بالملكية ، أو النجاسة

هذا تمام الكلام في الشرط المتأخر ، أوالمتقدم ، سواءً أكان في التكليف أم في الوضع

وأما الكلام في الشرط المتأخر ، أو المتقدم في المامور به

فنقول : إن بيانه يتوقف على ذكر مقدمة وجيزة :

وهي أن الأشياء على ثلاثة أقسام :

(الأول) : كون الحسن ، أو القبح في الشيء ذاتياً : بمعنى أنهما علتان كالظلم والعدل ، فإن الاول قبيح ذاتا فيستحيل إنفكاك القبح منه اينما وجد وتحقق ، كما أن الثاني حسن ذاتاً ، ولا يجوز انفكاك الحسن منه اينما تحقق ووجد

(الثاني) : كون الحسن ، أو القبح في الشيء اقتضائياً : بمعنى أن فيه اقتضاء الحسن ، أو القبح كالصدق ، والكذب ، فإن الاول فيه اقتضاء الحسن ، لكن قد يمنعه مانع عن ذلك كما اذا ترتبت عليه مفسدة -

. . . .

- أعظم من المصلحة الموجودة فيه ،يكون الصدق في هذه الحالة قبيحاً الى أن ترتفع المفسدة

والثاني فيه اقتضاء القبح ، لكن قد يمنعه مانع عن اتصافه بذلك كما اذا كان الكذب لانجاء مؤمن ، أو لاصلاح ذات بين ، أو نحو ذلك مما تكون مصلحته أعظم من مفسدته

(الثالث) : كون الشيء ليس فيه اقتضاء الحسن ، ولا القبح بذاته بل هما بالوجوه والاعتبارات كما في غالب الأشياء ، فإنه لا اقتضاء فيها للحسن ، ولا للقبح ، بل اتصافها بهما من ناحية انطباق عنوان العدل أو الظلم عليها ، خذ لذلك مثالا

المشي الى كربلا بما هو مشي وذهاب اليها في حد نفسه وذاته لارجحان فيه ، ولا اقتضاء فيه للحسن ، أو القبح

أما اذا كان بعنوان الزيارة فيتصف بالحسن ، لاجل انطباق العدل عليه ، ولأنه يثاب المرء عليه ، للامر بزيارة الحسين عليه السلام في الأخبار

كما أنه اذا كان المشي الى كربلا بعنوان قتل نفس محترمة ، أوارتكاب معصية لاتصف بالقبح ، لاجل انطباق عنوان الظلم عليه

فالحاصل أن الأفعال الخارجية غالبا لا اقتضاء لها بذاتها للحسن ولا للقبح ، بل اتصافها بهما من جهة انطباق العدل ، أو الظلم عليها

اذا عرفت ذلك فاعلم أن الشرط المتأخر ، أو المتقدم في المأمور به ليس بوجوده المتأخر ، أو المتقدم ، ليرد عليه ماتقدم : من أن الشرط جزء العلة التامة فكيف يعقل تأخره عن المشروط زماناً ، أو تقدمه عليه زماناً ؟

=

. . . .

- بل الشرط هو الوصف المنتزع من اضافة المأمور به اليه

ومن الواضح أن هـذا الامر مقارن المأمور به زمانا ، لامتأخر عنه زمانا ، ولا متقدم عليه زمانا

وعليه فلا مانع من أن يكون المأمور به بواسطة اضافته الى امر متأخر أو متقدم ذا وجه وعنو إن يكون بذلك حسنا ومتعلقا للامر ، أو متعلقا للغرض

خذ لذلك مثالاً

إن الصوم الواجب على المستحاضة بواسطة اضافته الى الأغسال الليلية يكون ذا وجه وعنوان حسن ، بناءً على مذهب (العدلية الامامية) ومتعلقاً للغرض ، بناءً على (مذهب الأشاعرة)

فيكون صوم المستحاضة حسناً بها بحيث لولاها لما كان الصوم متصفاً بالحسن ، ومتعلقا للامر ، أو الغرض

وقد عرفت آنفاً أن اتصاف الشيء بالحسن ، أو القبح بالوجوه والاعتبارات ، فاذا كان كذلك يكون الشرط مقارناً للمأمور به زمانا ومتقدما عليه رتبة ، ولا يلزم التقدم والتأخر

فكما أن اضافة الصوم ونسبته الى المقارن وهو غسل المستحاضة للظهرين موجباً لكون الصوم معنوناً بعنوان يكون بذلك العنوان حسناً و متعلقاً للامر

كذلك الصوم ونسبته الى الأغسال الليلية ، أو الفجرية توجب كون الصوم معنوناً بعنوان يكون بذلك العنوان حسناً ، و متعلقا للامر

فالمولى لما حكم بصحة صوم المستحاضة مع توقف صحة صومها -

اللهم إلا أن يكون مراده (١) بالشرط مايتوقف تاثير السبب المتقدم في زمانه على لحوقه

= على الأغسال المتأخرة ، أو المتقدمة علم بذلك أن لاضافته الى تلك الأغسال دخلاً فيها ، وإلا لما كان حسنا ، أومتعلقا بالامر

ومن المعلوم أن هذه الاضافة مقارنة للمشروط وهي صحة الصوم فلا يلزم المحذور المتقدم ابداً .

هذه خلاصة الكلام في الشرط المتأخر والمتقدم

وللبحث صلة ذكرناها في تعليقتنا على الكفاية فراجع المصدر نفسه

(١) هذا توجيه من الشيخ لما افاده صاحب الجواهر : من أن الشروط الشرعية ليست كالشروط العقلية حتى لايورد عليه أنه كيف يعقل ذلك ؟

وخلاصته هو التصرف في المعنى المصطلح للشرط وهو تقدم الشرط على المشروط عقلاً : بأن يقال : إن المراد من الشرط هو مايتوقف تأثير السبب المتقدم في زمان وجوده الذي هو الزمان المتقدم على زمان الشرط : على لحوقه ، وأنه عقيبه

كما في قول الفقهاء : الاجازة شرط فيما يتوقف تأثيره على لحوقه لافيما يتوقف على نفسه ، لأن مايتوقف عليه تأثير العقد على القول بالكشف هو لحوق الاجازة ، لانفس الاجازة ، فيكون هذا المعنى معنى غير ماوضع له لفظ الشرط ، اذ معنى الموضوع له للفظ الشرط هو توقف تأثير المقتضي على نفسه ، فيكون اللفظ مستعملاً حينئذ في غير ماوضع له ، فالتجوز يكون في معنى الشرط

ولا يخفى عليك أن جواب صاحب الجواهر عن المحذور المذكور وهو محالية تأخر الشرط عن المشروط عقلاً ، بناءً على مذهبه : من كاشفية =

وهذا (١) مع أنه لايستحق اطلاق الشرط عليه غير صادق على الرضا لأن المستفاد من العقل والنقل اعتبار رضاالمالك فيانتقالماله ، لأنه لايحل لغيره بدون طيب النفس،وأنه لاينفع لحوقه في حلتصرف الغير،وانقطاع سلطنة المالك

ومما ذكرنا (٢) يظهر ضعف ما احتمله في المقام بعض الأعلام (٣)

ـ الاجازة : كان بسبب التصرف في لفظ الشرط ، بناءً على ما افاده : من عدم كون الأسباب الشرعية كالأسباب العقلية ، عند نقل الشيخ عنه في ص : ٢٧٩ ودعوى أن الشروط الشرعية ليست كالشروط العقلية

وقد عرفت ما افاده صاحب الجواهر في هذا المقام عند ما ذكرناه في ص ٢٨٠ عند قولنا : وخلاصة ما افاده في هذا المقام

ولكن توجيه الشيخ كلام صاحب الجواهر بقوله في ص ٢٨٩ : اللهم إلا أن يكون مراده بالشرط يفيد التصرف في معنى الشرط كما عرفت ذلك في الهامش ١ ص ٢٨٩ عند قولنا: وخلاصته هو التصرف في المعنى المصطلح للشرط

اذاً يكون التوجيه مصححاً لما أفاده صاحب الجواهر : من أن الشرط هو الوصف المنتزع ، فيكون هذا مخالفاً لإطباق الفقهاء على أن الشرط هو الاجازة بنفسها ، لا الوصف المنتزع

(١) اي التوجيه المذكور : وهو التصرف في معنى الشرط المصطلح

(٢) وهو أن الوصف المنتزع لا يمكن القول به فيما نحن فيه وهو الاجازة ، لكونه مخالفاً للأدلة الدالة على أن الشرط هو الاجازة بنفسها

(٣) هو صاحب الفصول قدس سره يأتي شرح حياته ومؤلّفه في (أعلام المكاسب)

بل التزم به غير واحد من المعاصرين من (١): أن معنى شرطية الاجازة مع كونها كاشفة شرطية الوصف المنتزع منها: وهو (٢) كونها لاحقة للعقد في المستقبل

فالعلة التامة العقد الملحق به الاجازة، وهذه (٣) صفة مقارنة للعقد وإن كانت نفس الاجازة متأخرة عنه

وقد التزم بعضهم بما يتفرع على هذا (٤) : من (٥) أنه اذا علم المشتري أن المالك للمبيع سيجيز العقد حل له التصرف فيه بمجرد العقد وفيه (٦) مالا يخفى من المخالفة للأدلة

---

(١) كلمة من بيان لما احتمله صاحب الفصول ، والتزم به غير واحد من المعاصرين

(٢) مرجع الضمير شرطية الوصف المنتزع ، وتذكيره باعتبار الخبر بناءً على أن مراعاة الخبر أولى من مطابقة المرجع

(٣) اى شرطية الوصف المنتزع

(٤) وهو شرطية الوصف المنتزع

الالتزام بهذا الفرع مبني على الالتزام بالاصل : وهو أن الشرط في الموارد المذكورة هو الوصف المنتزع ، فالفرع إنما يُلتزم به اذا التزم بالاصل .

نعم بطلان هذا اللازم كاشف عن بطلان الاصل : وهو فساد القول بالكشف

(٥) كلمة من بيان للالتزام بما يتفرع على الاصل المذكور

(٦) اى وفي هذا الالتزام من الاشكال والنظر مالا يخفى ، لأن الأدلة تصرح بعدم جواز التصرف في مال الغير إلا بطيب نفسه ، وطيب النفس إنما يحصل بعد رضا المالك الاصيل الحاصل بالاجازة منه

ويرد على الوجه الثاني (١)

أولا أن (٢) الاجازة وإن كانت رضاً بمضمون العقد ، إلا أن مضمون العقد ليس هو النقل من حينه (٣) حتى يتعلق الاجازة والرضا بذلك النقل المقيد بكونه في ذلك الحال

بل هو (٤) نفس النقل مجرداً عن ملاحظة وقوعه في زمان ، وإنما الزمان من ضروريات إنشائه (٥) ، فإن (٦) قول العاقد : بعت ليس نقلت من هذا الحين وإن كان النقل المنشأ به واقعاً في ذلك الحين ، فالزمان ظرف للنقل لاقيد له (٧)

فكما أن إنشاء مجرد النقل الذي هو مضمون العقد في زمان يوجب وقوعه من المنشىء في ذلك الزمان

فكذلك اجازة ذلك النقل في زمان يوجب وقوعه من المجيز في زمان الاجازة

---

(١) اي من وجهي المحقق الكركي القائل بالكشف في قوله في ص ٢٧٧: وبأن الاجازة متعلقة بالعقد

(٢) هذا رد على المقدمة الاولى من المقدمات الثلاث التي كان الوجه الثاني من وجهي المحقق الكركي مركبا منها

وقد اشرنا اليها في الهامش ٥ ص ٢٧٧ بقولنا : الاولى

(٣) اى من حين العقد

(٤) اى مضمون العقد

(٥) اى الزمان مما يضطر اليه في الإنشاء ، لتوقفه عليه

(٦) تعليل لكون الزمان مما يضطر اليه في الانشاء

(٧) حتى يدل على وقوع النقل من حين وقوع العقد

وكما أن الشارع اذا امضى نفس العقد وقع النقل من زمانه (١)
فكذلك اذا امضى اجازة المالك وقع النقل من زمان الاجازة
ولاجل ماذكرنا (٢) لم يكن مقتضى القبول وقوع الملك من زمان الايجاب
مع انه (٣) ليس إلا رضاً بمضمون الايجاب
فلو كان مضمون الايجاب النقل من حينه (٤) ، وكان القبول رضاً بذلك كان معنى امضاء الشارع للعقد الحكم بترتب الاثر من حين الايجاب لأن الموجب ينقل من حينه (٥) ، والقابل يتقبل ذلك (٦) ويرضى به
ودعوى (٧) أن العقد سبب للملك فلا يتقدم عليه

---

(١) اى من زمان العقد

(٢) وهو قوله في ص ٢٩٢ : فكما أن إنشاء مجرد النقل
وقوله في ص ٢٩٢ : فكذلك اجازة ذلك النقل
وقوله هنا : وكما أن الشارع اذا امضى نفس العقد
وقوله هنا : فكذلك اذا امضى اجازة المالك

(٣) اي مع أن مقتضى القبول

(٤) اى من حين الايجاب وهو إنشاء العقد

(٥) اى الموجب ينقل ماله الى القابل من حين الايجاب وإنشاء العقد

(٦) اى يتقبل نقل المال اليه من حين نقل الموجب وهو زمان انشائه العقد ، والحال أن الامر ليس كذلك ، فإن المجيز عندما يجيز فقد يجيز نقل المال الى المشتري من حين صدور الإجازة منه ، لامن حين صدور العقد من العاقد الفضولي

(٧) هذه الدعوى إشكال على ما استشهد به الشيخ لدعواه : وهو عدم حصول الملك من زمن الايجاب بمجرد القبول لمضمون الايجاب بقوله : في ص ٢٩٢ : فكما أن إنشاء مجرد النقل الذي هو مضمون العقد -

مدفوعة بأن سببيته (١) للملك ليست إلا بمعنى امضاء الشارع لمقتضاه فاذا فرض مقتضاه مركباً من نقل في زمان (٢) ، ورضاً بذلك النقل (٣) كان مقتضى العقد الملك بعد الإيجاب (٤) ، ولاجل ماذكرنا (٥) ايضاً لايكون فسخ العقد إلا انحلاله من زمانه (٦) ، لامن زمان العقد ، فإن الفسخ نظير الاجازة

والرد لايتعلق إلا بمضمون العقد وهو النقل من (٧) حينه

فلو كان زمان وقوع النقل مأخوذاً في العقد على وجه القيدية لكان رده وحله موجباً للحكم بعدم الآثار من حين العقد

- وخلاصة الإشكال أن عدم حصول الملك هنا من حين الايجاب لأجل أن سبب الملك هو العقد المركب من الايجاب والقبول فلا يمكن تقدم المسبب على السبب باحد جزئيه وإن كان هو القبول

(١) اى سببيه العقد للملك

(٢) اى في زمان صدور الاجازة اذا كان العقد فضولياً

(٣) وهو النقل الحاصل من زمن صدور الاجازة

(٤) لازمن الايجاب الذي هو صدور الانشاء

ومن المعلوم أن بعد الايجاب هو زمن صدور الاجازة من المالك الاصيل في العقد الفضولي

(٥) وهو أنه اذا فرض مقتضاه مركباً من نقل في زمان ، ورضاً بذلك كان مقتضى العقد الملك بعد الايجاب

(٦) اي من زمان الفسخ

(٧) اى من حين الرد

والسر في جميع ذلك (١) ما ذكرنا : من عدم كون زمان النقل إلا ظرفاً،فجميع ما يتعلق بالعقد من الامضاء والرد ، والفسخ إنما يتعلق بنفس المضمون (٢) ، دون المقيد بذلك الزمان

والحاصل (٣) أنه لا إشكال في حصول الاجازة بقول المالك : رضيت بكون مالي لزيد بازاء ماله ، أورضيت بانتقال مالي الى زيد ، وغير ذلك من الألفاظ (٤) التي لاتعرض فيها لانشاء الفضولي فضلاً عن زمانه (٥) كيف (٦) وقد جعلوا تمكين الزوجة بالدخول عليها اجازة منها ،ونحو ذلك

---

(١) وهو أن الاجازة لا تتعلق بمضمون العقد من حين وقوع العقد وأن الفسخ هو انحلال العقد من زمان الفسخ ، وأن الرد لايتعلق إلا بمضمون العقد وهو النقل من حين الرد

(٢) مجرداً عن ملاحظة وقوعه في زمان

(٣) اى حاصل ماذكرناه : من عدم كون الزمان قيداً للنقل ، وعدم كون الزمان [illegible]لاً في مفهوم الايجاب أنه لو كان اخذ الزمان دخيلاً في تحقق مفهوم [illegible]يجاب خارجاً لما تحققت الاجازة بالألفاظ المذكورة ، لأنها تعلقت حينئذ بغير مضمون [illegible] اعني ذات المقيد مجردةً عن قيد كونها في زمان كذا

(٤) كامضيت ونفذت ، واجزت

(٥) اى زمان الانشاء

(٦) اى كيف يمكن أن تكون للألفاظ الدالة على رضا المالك تعرض فيها لزمان الانشاء وقد جعل الفقهاء نفس تمكين المرأة للرجل بالدخول عليها اجازة منها

ومن المعلوم أن الرضا يتعلق بنفس نتيجة (١) العقد من غير ملاحظة زمان نقل الفضولي

وبتقرير (٢) آخر أن الاجازة من المالك قائمة مقام رضاه واذنه المقرون بإنشاء الفضولي ، أو مقام نفس انشائه فلا يصير المالك بمنزلة العاقد إلا بعد الاجازة فهي (٣) ، إما شرط ، أو جزء سبب للملك

وبعبارة اخرى المؤثر هو العقد المرضي به ، والمقيد (٤) من حيث إنه مقيد لايوجد إلا بعد (٥) القيد ، ولا يكفي في التأثير وجود ذات المقيد المجردة عن القيد

وثانياً (٦) فلأنا لو سلمنا عدم كون الاجازة شرطاً اصطلاحياً (٧) ليؤخذ فيه تقدمه على المشروط ، ولا جزء سبب وإنما هي من المالك محدثة للتاثير في العقد السابق ، وجاعلة له سبباً تاماً حتى كأنه وقع مؤثراً فيتفرع عليه أن مجرد رضا المالك بنتيجة العقد اعني محض الملكية من غير التفات

---

(١) وهو معنى الاسم المصدرى

(٢) هذا التقرير غير التقرير الاول الذي كان مفاده منع كون الزمان دخيلاً في مضمون العقد ، فهو جواب مستقل لادخل له بالجواب الاول

(٣) اى الاجازة

(٤) وهو العقد المرضي به

(٥) وهو رضا المالك

(٦) هذا رد على المقدمة الثانية من المقدمات الثلاث التي كان وجه الثاني من وجهي المحقق الكركي في الاستدلال على الكشف مركباً منها وقد اشرنا اليها في الهامش ٥ ص ٢٧٧

(٧) وهو تقدم الشرط على المشروط عقلاً

الى وقوع عقد سابق ليس باجازة ، لأن معنى اجازة العقد جعله جائزاً نافذاً ماضياً

لكن نقول : لم يدل دليل على امضاء الشارع لاجازة المالك على هذا الوجه (١) ، لأن وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجه الى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد والنذر

ومن المعلوم أن المالك لايصير عاقداً ، أو بمنزلته إلا بعد الاجازة فلا يجب الوفاء إلا بعدها

ومن المعلوم أن الملك الشرعي يتبع الحكم الشرعي ، فما لم يجب الوفاء فلا ملك

ومما ذكرنا (٢) يعلم عدم صحة الاستدلال للكشف بدليل وجوب الوفاء بالعقود بدعوى أن الوفاء بالعقد ، والعمل بمقتضاه هو الالتزام بالنقل من حين العقد

وقس (٣) على ذلك ما لو كان دليل الملك عموم وَاحلّ اللهُ البَيعَ فإن الملك ملزوم لحلية التصرف ، فقبل الاجازة لايحل التصرف

خصوصاً اذا عُلم عدم رضا المالك باطناً ، أوتردده في الفسخ والامضاء

وثالثاً (٤) سلمنا دلالة الدليل على إمضاء الشارع لاجازة المالك

---

(١) وهو عدم كون الشرط شرطاً اصطلاحياً الذي عرفت معناه آنفاً

(٢) وهو متابعة الملك الشرعي للحكم الشرعي

(٣) هذا كلام الشيخ ، اى وقس على الاستدلال بآية أوفوا بالعقود على الكشف الاستدلال بآية وَاَحَلّ اللهُ البَيّعَ على الكشف ، فإن الاستدلال بها لايفيد في المقام كما ذكره الشيخ في المتن

(٤) هذا رد على المقدمة الثالثة من المقدمات الثلاث التي كان الوجه -

على طبق مفهومها اللغوي والعرفي اعني جعل العقد السابق جائزاً ماضياً:
بتقريب أن يقال : إن معنى الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه ومؤداه العرفي
فاذا صار العقد بالاجازة كأنه وقع مؤثراً ماضياً كان مقتضى العقد المجاز
عرفاً ترتب الآثار من حينه (١) فيجب شرعاً العمل به على هذا الوجه (٢)
لكن نقول : بعد الاغماض عن أن مجرد كون الاجازة بمعنى جعل
العقد السابق جائزاً نافذاً لايوجب كون مقتضى العقد ، ومؤداه العرفي
ترتب الاثر من حين العقد ، كما أن كون مفهوم القبول رضا بمفهوم الايجاب
وامضاءً له لايوجب ذلك (٣) حتى يكون مقتضى الوفاء بالعقد ترتيب
الآثار من حين الايجاب

فتأمل (٤)

- الثاني من وجهي المحقق الكركي في الاستدلال على الكشف مركباً منها
وقد اشرنا اليها في الهامش ٥ ص ٢٧٧

(١) اى من حين الاجازة
وهو النقل مجرداً عن ملاحظة وقوعه من حين وقوع العقد

(٢) اى بهذا العقد المجاز الذي صار ماضياً ، والذي وقع مؤثراً

(٣) وهو ترتب الآثار من حين العقد

(٤) لعل وجه التأمل كما افاده الشيخ المامقاني قدس سره في تعليقته
على المكاسب ص ٣٧٨ هو الفرق بين الايجاب الملحق به القبول .
وبين العقد الملحق به الاجازة : من حيث إن مجرد الايجاب في حد
ذاته غير تام في الدلالة على انتقال المال الى المشتري
بخلاف العقد الملحق به الاجازة ، فإنه تام في الدلالة على انتقال المال
الى المشتري
-

إذ هذا المعنى (١) على حقيقته غير معقول ، لأن العقد الموجود على صفة عدم التأثير (٢) يستحيل لحوق صفة التأثير له ، لاستحالة خروج الشيء عما وقع عليه (٣) فاذا دل الدليل الشرعي على امضاء الاجازة على هذا الوجه غير المعقول فلابد من صرفه بدلالة الاقتضاء (٤) الى ارادة معاملة العقد بعد الاجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حيث ترتب الآثار الممكنة فاذا اجاز المالك حكمنا بانتقال نماء المبيع بعد العقد الى المشتري وإن كان أصل الملك قبل الاجازة للمالك ، ووقع النماء في ملكه

والحاصل أنه يعامل بعد الاجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حينه (٥)

- نهاية الأمر دلالة الاجازة على حصول الرضا من المالك بذلك العقد التام الدلالة

بعبارة أوضح : أن الايجاب جزء المقتضي كالقبول

بخلاف العقد الملحق به الاجازة ، فإنه مقتضٍ

فالأول ليس قابلاً للتأثير من حين وجوده ، بخلاف الثاني فإنه قابل لذلك

(١) وهو كون مقتضى العقد ترتيب الآثار من حين الايجاب من دون مجيء الاجازة

(٢) لعدم وجود رضا من المالك الاصيل حين العقد

(٣) حيث إن العقد الفضولي قد وقع على عدم التأثير ، لعدم وجود رضاً من المالك فكيف يعقل لحوق صفة التأثير له

(٤) الذي هو الدليل العقلي كما في قوله تعالى : "وَاسْئَلِ الْقَرْيَةَ" وقول القائل : "اعتق عبدك عني"

(٥) اى من حين العقد

بالنسبة الى ما أمكن من الآثار (١)

وهذا (٢) نقل حقيقي (٣) في حكم الكشف من بعض الجهات (٤) وستأتي الثمرة بينه (٥) ، وبين الكشف الحقيقي (٦)

---

(١) كالنماءات الواقعة في فترة العقد ، وصدور الاجازة ، فإنه يحكم فيهــا بنماء المبيع للمشتري ، ونماء الثمن للبايــع ، وإن كان كل من الثمن والمثمن لمالكها

(٢) وهو العقد الفضولي الذي دل الدليل الشرعي على إمضاء الإجازة له على وجه غير معقول : وهو استحالة لحوق صفة التأثير للعقد الموجود على صفة عدم التأثير

(٣) لا يخفى عليك : أن الكشف الحقيقي كما عرفت هو الذي كان نماء كل من الثمن والمثمن لمالكها قبل الاجازة

وهذا التعريف هو الفارق بينه ، وبين النقل ، اذ على القول بالنقل يكون نماء كل منها لمالكها من حين صدور الاجازة ، وأما قبل الصدور فنماء المثمن لصاحبه ، ونماء الثمن لصاحبه ايضاً

وسيأتي هذا الفرق في الثمرات المترتبة على الكشف والنقل

فاطلاق شيخنا الانصارى النقل الحقيقي على مثل هذا العقد الذى يكون الاجازة فيه كاشفاً مسامحة

(٤) وهو الحكم بنماء الثمن للبائع ، ونماء المبيع للمشتري،وبقاء الملك قبل الاجازة على ملك كل منها

(٥) اى بين هذا النقل الحقيقي الذي هو بحكم الكشف على حــد تعبير الشيخ

(٦) وهو الكشف عن وقوع الملك وآثاره للمشتري من حين وقوع العقد بعد صدور الاجازة

ولم اعرف من قال بهذا الوجه من الكشف (١) إلا الاستاذ شريف العلماء (٢) فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته ، وإلا فظاهر كلام القائلين بالكشف أن الانتقال (٣) في زمان العقد ، ولذا (٤) عنون العلامة رحمه الله في القواعد مسألة الكشف والنقل بقوله : وفي زمان الانتقال إشكال فجعل النزاع في هذه المسألة نزاعاً في زمان الانتقال

وقد تحصل مما ذكرنا (٥) أن كاشفية الاجازة على وجوه ثلاثة

قال : بكل منها قائل

(أحدها) :وهو المشهور الكشف الحقيقي (٦) ، والتزام كون الاجازة فيها (٧) شرطاً متأخراً(٨) ، ولذا (٩) اعترض عليهم جمال المحققين (١٠)

---

(١) وهو الكشف الحكمي

(٢) يأتي شرح حياته ومؤلفاته في (أعلام المكاسب)

(٣) اى انتقال الملك والنماء

(٤) اى ولاجل أن ظاهر كلام القائلين بالكشف هو الانتقال في زمن العقد

(٥) اى في حكم الاجازة في قوله في ص : ٢٧٣ أما حكمها فقد اختلف القائلون بصحة الفضولي

(٦) وقد عرفت معناه في الهامش ٦ ص ٣٠٠ عند قولنا : وهو الكشف عن وقوع الملك

(٧) اى في الكاشفية

(٨) اي أن الشرط هو نفس الاجازة وشخصها

(٩) اى ولأجل أن الاجازة في هذا الكشف شرط متأخر

(١٠) يأتي شرح حياة هذا العملاق ومؤلفاته في (أعلام المكاسب)

في حاشيته على الروضة : بأن الشرط لايتأخر (١)

(الثاني): الكشف الحقيقي ، والتزام كون الشرط تعقب العقد بالاجازة لانفس الاجازة فراراً عن لزوم تاخر الشرط عن المشروط ، والتزم بعضهم بجواز التصرف قبل الاجازة : لو علم تحققها (٢) فيما بعد

(الثالث): الكشف الحكمي وهو إجراء أحكام الكشف بقدر الامكان (٣) مع عدم تحقق الملك في الواقع إلا بعد الاجازة

وقد تبين من تضاعيف كلماتنا (٤) أن الأنسب بالقواعد والعمومات هو النقل (٥) ثم بعده الكشف الحكمي (٦)

وأما الكشف الحقيقي مع كون نفس الاجازة من الشروط (٧)

---

(١) وجه عدم التأخر هو أن الشرط علة فلابد في العلة من تقدمها على معلولها .

وقد عرفت ذلك مفصلاً في ص ٢٧٥

(٢) اى تحقق الاجازة

(٣) كالقول بانتقال النماء الى المشتري من حين العقد بعد صدور الاجازة وإن كان اصل الملك قبل الاجازة للمالك

(٤) اى في رد ما افاده المحقق الكركي قدس سره في القول بالكشف وفي رد من استدل على الكشف بآية َاوفُوا ِبالعُقودِ ، وبآية َوا َحلَّ اللهُ البَيعَ

(٥) اى النقل الحقيقي

(٦) وهو الحكم بانتقال النماء الى المشتري ، وبقاء اصل الملك للمالك وأن الشرط فيه هو الامر المنتزع وهو تعقب الاجازة ولحوقها بالعقد

(٧) اى من شروط العقد

فاتمامه بالقواعد في غاية الاشكال (١) ، ولذا (٢) استشكل فيه العلامة في القواعد ولم يرجحه (٣) المحقق الثاني في حاشية الارشاد

بل عن الايضاح اختيار خلافه (٤) ، تبعاً للمحكي عن كاشف الرموز

وقواه (٥) في مجمع البرهان ، وتبعهم كاشف اللثام في النكاح

هذا (٦) بحسب القواعد والعمومات

وأما الأخبار (٧) فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس (٨) الكشف كما صرح به في الدروس

وكذا الأخبار (٩) التي بعدها ، لكن لاظهور فيها للكشف بالمعنى

---

(١) وقد عرفت وجه الإشكال في ص ٢٧٥ عند قولنا : اعلم أن الوجه في محالية الكشف

(٢) اى ولأجل أن اتمام الكشف الحقيقي على القواعد مع القول بأن الشرط نفس الاجازة

(٣) اى الكشف الحقيقي

(٤) اى خلاف الكشف الحقيقي

(٥) اى قوى مختار صاحب الايضاح

(٦) اى عدم القول بالكشف الحقيقي

(٧) اى وأما بحسب الأخبار

(٨) وهي المشار اليها في ص ١٦٩ القاضية فيها بكون الولد من الامة المستولدة للمشتري الفضولي ، ولولا الحكم المذكور لاصبح الولد متكوناً من الحرام ، فصوناً لانعقاده من الحرام

(٩) وهي الاستدلال بفحوى صحة عقد النكاح من الصادر الفضولي المشار اليها في الهامش ص ١٧٧

-

المشهور (١) فتحتمل الكشف الحكمي

نعم صحيحة أبي عبيدة الواردة في تزويج الصغيرين فضولاً الآمرة بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي اجاز فمات للزوجة الغير المدركة حتى تدرك وتحلف ظاهرة في قول الكشف (٢) ، اذ لو كان مال والميت قبل اجازة الزوجة باقيةً على ملك سائر الورثة كان العزل مخالفاً لقاعدة تسلط الناس على أموالهم

- وموثقة جميل المشار اليها في ص ١٨٤

والأخبار الواردة في الانجار بمال اليتيم المشار اليها في الهامش ٣ ص ١٨٨

وبرواية ابن اشيم الواردة في العبدالمأذون المشار اليها في ص ١٩١

وبصحيحة الحلبي المشار اليها في ص١٩٦

وبموثقة عبدالرحمان عن ابيعبدالله عليه السلام المشار اليها في ص ١٩٧

(١) وهو الكشف الحقيقي

(٢) اى الكشف الحقيقي

وأما الصحيحة فراجع (وسائل الشيعة) الجزء ١٧ . ص ٥٢٧ . الباب ١١ . الحديث ١ . اليك نص الحديث

عن أبي عبيدة قال : سألت ابا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوجهما وليّان لهما وهما غير مدرِكَين

قال : فقال : النكاح جائز أيّهما ادرك كان له الخيار

فإن ماتا قبل أن يدرِكا فلا ميراث بينهما ، ولا مهر إلا أن يكونا قد ادركا ورضيا

قلت : فإن ادرك احدهما قبل الآخر ؟

قال : يجوز ذلك عليه إن هو رضي

ـ

فاطلاق الحكم بالعزل منضماً الى عموم الناس مسلطون على أموالهم يفيد أن العزل لاحتمال كون الزوجة غير المُدركة وارثة في الواقع فكأنه احتياط في الأموال قد غلّبه الشارع على أصالة عدم الاجازة كعزل نصيب الحمل (١) ، وجعله (٢) أكثر مما يحتمل

- قلت : فإن كان الرجل الذي ادرك قبل الجارية ورضي النكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أترثه ؟

قال : نعم يُعزَل ميراثها منه حتى تُدرِك وتحلف بالله مادعاها الى اخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ، ثم يُدفَع اليها الميراث، ونصف المهر

قلت : فإن ماتت الجارية ولم يكن ادراك أيرثها الزوج المُدرِك ؟

قال : لا ، لأن لها الخيار اذا ادركت

قلت : فإن كان أبوها هو الذي زوّجها قبل أن تُدرِك ؟

قال : يجوز عليها تزويج الاب ، ويجوز على الغلام ، والمهر على الاب للجارية

(١) فيما اذا مات الزوج وكانت زوجته حاملاً فهنا يحتاط في الميراث فيجعل نصيب الحمل نصيب الذكر ، لا الانثى

كما أنه يُعزَل للحمل نصيب ذكرَين احتياطاً

فإن جاء وكان ذكراً يُعطى له ، وإن كان انثى يُعطى لها نصيب الانثى ، والزائد يُقسّم على الوراث

كما أن الحمل لو كان ذكراً واحداً يعطى له نصيب الذكر الواحد ويُقسّم الزائد المعزول على بقية الوراث

راجع (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة . الجزء ٨ ص ٢٠٩ - ٢١٠

(٢) بالجر عطفاً على مجرور (كاف الجارة) اى وكجعل نصيب الحمل أكثر من نصيب ذكرٍ كما عرفت آنفاً

المشهور (١) فتحتمل الكشف الحكمي

نعم صحيحة أبي عبيدة الواردة في تزويج الصغيرين فضولاً الآمرة بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي اجاز فمات للزوجة حتى تدرك وتحلف ظاهرة في قول الكشف (٢) ، اذ لو كان مال الميت قبل اجازة الزوجة باقية على ملك سائر الورثة كان العزل مخالفاً لقاعدة تسلط الناس على أموالهم

- وموثقة جميل المشار اليها في ص ١٨٤

والأخبار الواردة في الاتجار بمال اليتيم المشار اليها في الهامش ٣ ص ١٨٨

وبرواية ابن اشيم الواردة في العبد المأذون المشار اليها في ص ١٩١

وبصحيحة الحلبي المشار اليها في ص١٩٦

وبموثقة عبدالرحمان عن ابي عبدالله عليه السلام المشار اليها في ص ١٩٧

(١) وهو الكشف الحقيقي

(٢) اى الكشف الحقيقي

وأما الصحيحة فراجع (وسائل الشيعة) الجزء ١٧ . ص ٥٢٧ . الباب ١١ . الحديث ١ . اليك نص الحديث

عن أبي عبيدة قال : سألت ابا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوجهما وليّان لهما وهما غير مدرِكَين

قال : فقال : النكاح جائز أيّهما ادرك كان له الخيار

فإن ماتا قبل أن يدرِكا فلا ميراث بينهما ، ولا مهر إلا أن يكونا قد ادركا ورضيا

قلت : فإن ادرك احدهما قبل الآخر ؟

قال : يجوز ذلك عليه إن هو رضي

-

فاطلاق الحكم بالعزل منضماً الى عموم الناس مسلطون على أموالهم يفيد أن العزل لاحتمال كون الزوجة غير المُدركة وارثة في الواقع فكأنه احتياط في الأموال قد غلّبه الشارع على أصالة عدم الاجازة كعزل نصيب الحمل (١) ، وجعله (٢) أكثر ما يحتمل

- قلت : فإن كان الرجل الذي ادرك قبل الجارية ورضي النكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أترثه ؟

قال : نعم يُعزَل ميراثها منه حتى تُدرِك وتحلف بالله مادعاها الى اخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ، ثم يُدفَع اليها الميراث، ونصف المهر

قلت : فإن ماتت الجارية ولم يكن ادراك أيرثها الزوج المُدرِك ؟

قال : لا ، لأن لها الخيار اذا ادركت

قلت : فإن كان أبوها هو الذي زوّجها قبل أن تُدرِك ؟

قال : يجوز عليها تزويج الاب ، ويجوز على الغلام ، والمهر على الاب للجارية

(١) فيما اذا مات الزوج وكانت زوجته حاملاً فهمنا يحتاط في الميراث فيجعل نصيب الحمل نصيب الذكر ، لا الانثى

كما أنه يُعزَل للحمل نصيب ذكرَين احتياطاً

فإن جاء وكان ذكراً يُعطى له ، وإن كان انثى يُعطى لها نصيب الانثى ، والزائد يُقسّم على الوراث

كما أن الحمل لو كان ذكراً واحداً يعطى له نصيب الذكر الواحد ويُقسّم الزائد المعزول على بقية الوراث

راجع (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة . الجزء ٨ ص ٢٠٩ - ٢١٠

(٢) بالجر عطفاً على مجرور (كاف الجارة) اى وكجعل نصيب الحمل أكثر من نصيب ذكرٍ كما عرفت آنفاً

بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته (١) ، والنقل

فنقول : أمـا الثمـرة على الكشف الحقيقي (٢) بين كـون نفس الاجازة شرطاً (٣) وكون الشرط تعقب العقـد بها (٤) ولحوقها له فقـد يظهر في جواز تصرف كل منهما فيما انتقل اليه بانشاء الفضولي اذا علم اجازة المالك فيما بعد

وأما الثمرة بين الكشف الحقيقي (٥)

---

(١) وهو الكشف بأقسامه الثلاث :

(الكشف الحقيقي) ولكن الشرط فيـه نفس الاجازة ، بنـاءً على الشرط المتأخر

(والكشف الحقيقي) : ولكن الشرط فيه هو الوصف المنتزع الذي هو تعقب الاجازة ولحوقها

(والكشف الحكمي) : وهو القول بانتقال النماء الى المشتري مع القول ببقاء اصل الملك على ملك مالكه

(٢) بكلا قسميه الّذين ذكرناهما في الهامش ١

(٣) هذا هو القسم الاول من الكشف الحقيقي

(٤) هذا هو القسم الثاني من الكشف الحقيقي

(٥) اى في القسم الاول من الكشف المشار اليه في الهامش ١

لا يخفى أنه كيف يُعقـل الفرق بين الكشف الحقيقي ، والكشف الحكمي اذا قلنا في الحكمي بترتب جميع آثار الملك عليه من زمان العقد ، سواءً قلنا : إن الشرط هو الاجازة بنفسها ام الوصف المنتزع ، وعنوان تعقب العقد بالاجازة

فعلى ضوء عدم الفرق لو تصرف المشتري مع جهله بالاجازة ثم اجاز —

والحكمي مع كون نفس الاجازة شرطاً ، فإنه يظهر في مثل ١٠ اذا وطأ المشتري الجارية قبل اجازة مالكها فاجاز ، فإن الوطأ على الكشف الحقيقي حرام ظاهراً ، لأصالة عدم الاجازة ، وحلال واقعاً لكشف الاجازة (١) عن وقوعه في ملكه

ولو اولدها صارت ام ولد على الكشف الحقيقي والحكمي ، لأن مقتضى جعل الواقع ماضياً ترتب حكم وقوع الوطء في الملك (٢)

ويحتمل عدم تحقق الاستيلاد على الحكمي ، لعدم تحقق حدوث الولد في الملك ، وإن حُكِم بملكيته (٣) للمشتري بعد ذلك

ولو نقل المالك (٤) ام الولد عن ملكه قبل الاجازة فاجاز بطل النقل على الكشف الحقيقي ، لانكشاف وقوعه في ملك الغير ، مع احتمال كون

ـ المالك الاصيل كان تصرفه جائزاً نافذاً ، لأنه تصرف في ملكه ، وكذا بقية تصرفاته

(١) اى الاجازة الصادرة من المالك الاصيل بعد العقد كاشفة عن وقوع الوطء في ملكه

(٢) فيكون النماء وهو الولد للمشتري

ولا يخفى أن القول بوقوع الوطء في ملك المشتري على القول بالكشف الحكمي الذي هو بقاء اصل الملك للمالك مع القول بالفرق بينه ، وبين الكشف الحقيقي مشكل ، ولذا قال قدس سره : ويُحتمل عدم تحقق الاستيلاد

نعم بناءً على ماقلناه : من عدم الفرق بين الحقيقي والحكمي لا يرد إشكال

(٣) اى بملكية الولد بعد صدور الاجازة من المالك الاصيل

(٤) اى لو نقل المالك ام الولد التي وقع بيعها فضولاً عن ملكه قبل الاجازة ثم اجاز بيع الاول

النقل بمنزلة الرد (١) وبقي (٢) صحيحاً على الكشف الحكمي (٣)

وعلى المجيز (٤) بسمتها ، لأنه (٥) مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضياً من حين وقوعه ، وبين مقتضى صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع (٦) بهذا الجعل كما (٧) في الفسخ بالخيار مع انتقال المتعلقه (٨) بنقل لازم

وضابط (٩) الكشف الحكمي الحكم بعد الاجازة بترتب آثار ملكية

---

(١) اذاً يُحكم بصحة النقل وإن قلنا بكشفية الاجازة

(٢) اى النقل الصادر من المالك الاصيل

(٣) وجه الصحة وقوع النقل في ملك المالك الاصيل

(٤) اى وعلى المالك الاصيل الذي اجاز البيع الفضولي بعد نقله ام الولد عن ملكه الى الغير أن يدفع قيمة ام الولد الى المشتري

(٥) تعليل لوجوب دفع القيمة الى المشتري

وتذكير الضمير في لأنه باعتبار الشأن

والمعنى أن وجوب إعطاء القيمة من قبل المالك الاصيل الذي هو المجيز للمشتري لأجل مقتضى الجمع

وقد ذكر الشيخ مقتضى الجمع في المتن فلا نعيده

(٦) اذ حكم الشارع بصحة النقل الواقع بما هو بعد صدور الاجازة من المالك ، لاقبله

(٧) تشبيه لكون إعطاء القيمة مقتضى الجمع اى مانحن فيه يشبه الفسخ بالخيار ، فإن من عليه الخيار لو باع المبيع في زمن الخيار فعليه دفع القيمة الى مَن له الخيار لو كان النقل مِن قبَل مَن عليه الخيار بعقد لازم ، لاجائز ، فإنه لو كان جائزاً يصح فسخه

(٨) اى متعلق الخيار يكون بعقد لازم كما عرفت آنفاً

(٩) اى القاعدة الكلية

-

المشتري من حين العقد، فإن ترتب شيء من آثار ملكية المالك قبل اجازته كإتلاف النماء، ونقله ولم ينافِ الاجازة جمع بينه، وبين مقتضى الاجازة بالرجوع الى البدل

وإن نافى (١) الاجازة كإتلاف العين عقلا، أو شرعاً كالعتق فات محلهـــا

مع احتمال الرجوع (٢) الى البدل وسيجيء

ثم إنهم ذكروا للثمرة بين الكشف والنقل مواضع

(منها) (٣): النماء، فانه على الكشف بقول مطلق (٤) لمن انتقل اليه العين، وعلى النقل لمن انتقلت عنه

وللشهيد الثاني في الروضة عبارةٌ توجيه (٥) المراد منها كما فعله بعض

- يروم الشيـــخ من ذكر هذا الضابط إعطاء كبرى كليـــة لتطبيقها على صغرياتها حتى يتمكن القارىء الكريم من الفرق بين الكشف الحقيقي وبين الحكمي

وقد ذكر الضابط في المتن فلا نعيده

(١) اى ترتب شيء من آثار ملكية المشتري

(٢) الظاهر عدم مجيء هذا الاحتمال، ولذا قال قدس سره: وسيجيء اى البحث عن هذا الاحتمال سيجيء قريباً في أنه صحيح أولا

(٣) اى من بعض تلك الثمرات المتفرعة على الكشف والنقل

(٤) اى بأقسامه الثلاث التي اشير اليها في الهامش ١ ص ٣٠٦

(٥) اي توجيه مراد الشهيد الثاني من عبارته في الروضة: بأن تُحمل على خلاف ظاهرها مما يطابق القواعد الفقهية كما ارتكب هذا التوجيـــه بعض الفقهاء أولى وأحسن من حملها على ظاهرها. -

أولى من توجيه حكم ظاهرها كما تكلفه (١) آخر

— اعلم أن الشهيد الثاني قدس سره قال في الروضة مانصه :

وتظهر الفائدة في النماء ، فإن جعلناها كاشفة (فالنماء) المنفصل (المتخلل) بين العقد والاجازة الحاصل من المبيع (للمشتري ، ونماء الثمن المعين للبائع) ولو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز .

راجع (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة . الجزء ٣ . ص ٢٢٩ - ٢٣٠

وأورد على الشهيد الثاني أنه كيف يحكم بكون النماءين وهما : نماء المثمن ، ونماء الثمن للمالك المجيز ، مع أن المسلم والمتفق عليه عند الفقهاء هو أن نماء الثمن للبائع ، ونماء المثمن للمشتري ، بناءً على النقل

فبعض الفقهاء وجه مراده فقال : إن مراده من العبارة وهي أن النماءين للمالك المجيز هو ماإذا كان الطرفان فضوليين : بأن اشترى زيد بمال عمرو فضولاً ، وباع الآخر مال زيد فضولاً ، واذا كان الطرفان كذلك يكون نماء المبيع لمالكه الاول ، ونماء الثمن لمالكه الاصيل الذي من شأنه الاجازة

فالمالك المجيز كلي له فردان :

فرد هو مالك الثمن الذي من شأنه اجازة العقد عليه

وفرد هو مالك المبيع الذي من شأنه اجازة العقد عليه

فيكون نماء كل من الثمن والمبيع لمالكه الذي من شأنه الاجازة

فالشيخ قدس سره قد استحسن هذا التوجيه فقال : توجيه المراد منها كما فعله بعض أولى من توجيه ظاهرها ، والحكم به

(١) اى كما تكلف صاحب مفتاح الكرامة في توجيه حكم ظاهر عبارة الشهيد الثاني ، فإنه قدس سره قد ابقى العبارة على ظاهرها ولم يأولها —

(ومنها) (١) :أن فسخ الاصيل لإنشائه قبل اجازة الآخر (٢) مبطل له (٣) على القول بالنقل ، دون الكشف (٤) بمعنى أنه لو جعلناها ناقلة كان فسخ الاصيل لفسخ الموجب قبل قبول القابل في كونه ملغياً لانشائه السابق

بخلاف مالو جعلت (٥) كاشفة ، فإن العقد تام من طرف الاصيل غاية الامر تسلط الآخر على فسخه

وهذا (٦) مبني على ماتسالموا عليه : من جواز ابطال احد المتعاقدين

= وفسر المالك المجيز بالبائع ، وقال :

أما وجه كون نماء المبيع للبائع فظاهر ، لأن البائع بَعدُ لم ينقل المبيع عن ملكه فهو باق على ملكه

وأما كون نماء الثمن للبائع فلأن المشتري الاصيل قد اخرج الثمن عن ملكه اختياراً فقد سلط البائع عليه ، وعلى مايتبعه من النماء فيؤخذ بما أقدم عليه

كما لو دفع المشتري الثمن الى البائع الغاصب مع علمه بالغصبية ، فإنه هو المسلِّط للغاصب على إتلافه لو أتلفه

(١) اى ومن بعض تلك الثمرات المترتبة على القول بالكشف والنقل

(٢) بناءً على أن احد المتعاقدين كان فضولياً

(٣) اى للعقد

(٤) المراد من الكشف هو الكشف الحقيقي ، لا الكشف الحكمي فإن حاله حال النقل في الثمرة

(٥) اى الاجازة

(٦) وهو فسخ الاصيل لإنشائه مبطل للعقد

لانشائه قبل انشاء صاحبه ، بل قبل تحقق شرط صحة العقد كالقبض في الهبة ، والوقف ، والصدقة

فلا (١) يرد ما اعترضه بعض : من منع جواز الإبطال على القول بالنقل ، معللا بأن ترتب الاثر على جزء السبب (٢) بعد انضمام الجزء الآخر (٣) من أحكام الوضع لامدخل لاختيار المشتري فيه (٤)

وفيه (٥) أن الكلام في أن عدم تخلل الفسخ بين جزئي السبب شرط فانضمام الجزء الآخر من دون تحقق الشرط غير مجد في وجود المسبب

---

(١) الفاء تفريع على ما افاده : من عدم كون فسخ الآخر مبطلاً لانشائه

والمعترض هو المحقق القمي قدس سره ، حيث اعترض على كون فسخ الاصيل لإنشائه قبل اجازة الآخر مبطلاً لانشائه

وحاصل الاعتراض : أن ترتب الاثر وهو النقل والانتقال على جزء السبب الذي هو العقد بعد انضمام الجزء الآخر وهو الاجازة من الأحكام الوضعية ، بناءً على كون الاجازة ناقلة ، فلا يعتبر في هذا الترتب اختيار الاصيل ، فترتب الأثر امر (اتوماتيكي) يحصل من دون توقفه على شيء آخر

(٢) وهو العقد كما عرفت آنفاً

(٣) وهو الاجازة كما عرفت

(٤) اى في ترتب الاثر كما عرفت

(٥) اى وفيما افاده البعض وهو المحقق القمي : من أن ترتب الاثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الآخر من أحكام الوضع ، وأنه امر اتوماتيكي نظر وإشكال

وخلاصة الإشكال : أن الاجماع قائم على اشتراط عدم تخلل الفسخ بين جزئي السبب في الصحة وإن كان مقتضى أدلة الصحة واللزوم هو -

فالأولى (١) في سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلل الفسخ باطلاقات صحة العقود ولزومها

ولا يخلو (٢) من إشكال

(ومنها)(٣): جواز تصرف الاصيل فيما انتقل عنه ، بناءً على النقل

= عدم بطلان إنشاء الاصيل بفسخه قبل اجازة الآخر ، فاذا فسخ الاصيل قبل اجازة الآخر كان الفسخ هذا مبطلاً للعقد بسبب هذا الاجماع فلاينفع انضمام الجزء الآخر وهو الاجازة في وجود المسبب وهو الاثر بمعنى الاسم المصدري

(١) اى لو اردنا أن نستدل لمنع كون فسخ الاصيل لانشائه موجباً لبطلان العقـد فالأنسب في الاستدلال أن يقال : إن احـتمال الاشتراط المذكور مدفوع بالاطلاقات الواردة في صحة العقود ولزومها ، فإن تلك الاطلاقات كافية في المقام

والمراد من الاطلاقات آية َاوفُوا ِبالُعقُودِ ، َوَاحَلَّ اللهُ البَيـع َوِتجارةً عن تراضٍ

(٢) اى دفع احتمال الاشتراط المذكور بالاطلاقات الواردة لا يخلو عن إشكال

وجه الإشكال أن الاصيل بعد أن رجع عن إنشائه بالفسخ قبل اجازة الآخر ُيشَك في صدق العقد والعهد على مثل هذا العقد فلا يجوز التمسك حينئذ بالاطلاقات الواردة على صحة هذا العقد ولزومها ، لأن الشبهـة موضوعية فلا مجال للاستصحاب

(٣) اى ومن بعض تلك الثمرات المترتبة على القول بالكشف والنقل تصرف المباشر الاصيل فيما انتقل عنه لو قلنا : إن الاجازة ناقلة من حين =

وإن قلنا بأن فسخه (١) غير مبطل لإنشائه

فلو (٢) باع جارية من فضولي جاز له وطؤها ، وإن استولدها صارت ام ولد ، لأنها ملكه

وكذا لو زوجت نفسها من فضولي جاز لها التزويج من الغير ، فلو حصلت الاجازة في المثالين (٣) لغت ، لعدم بقاء المحل (٤) قابلاً

والحاصل أن الفسخ القولي وإن قلنا : إنه غير مبطل لإنشاء الاصيل إلا أن له فعل ماينافي انتقال المال عنه على وجه يفوت محل الاجازة فينفسخ العقد بنفسه بذلك (٥)

— صدورها، حيث إن الملك باق على ملك صاحبه الاصيل قبل الاجازة فتصرفه تصرف في ملكه ، فالاجازة الصادرة بعده تكون لغواً

بخلاف مالو قلنا بالكشف فإن التصرف باطل لو اجاز المالك لكشف الاجازة عن كون التصرف واقعاً في ملك المشتري مثلاً

(١) اى فسخ المباشر الاصيل غير مبطل لانشائه كما افاد عدم البطلان المحقق القمي قدس سره عند مانقل عنه الشيخ في ص ٣١٢ بقوله : فلا يردما اعترضه بعض

(٢) الفاء تفريع على ما افاده : من جواز تصرف الاصيل فيما انتقل عنه على القول بالنقل قبل الاجازة

اى فعلى ضوء ما ذكرنا فلو باع الاصيل من فضولي : بأن كان المشتري فضولياً

(٣) وهما : بيع الجارية من فضولي ، وتزويج المرأة نفسها من فضولي

(٤) بعد الوطء ، والتزويج للغير

(٥) اى بذلك الفعل المنافي لانتقال المال عنه على وجه يفوت محل —

وربما احتمل عدم جواز التصرف على هذا (١) القول ايضاً

ولعله (٢) لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد في حق الاصيل وإن لم يجب (٣) في الطرف الآخر

وهو (٤) الذي يظهر من المحقق الثاني في مسألة شراء الغاصب بعين المال المغصوب ، حيث قال : لايجوز للبائع ،ولا للغاصب التصرف في العين (٥) لامكان الاجازة ، ولا سيما على القول بالكشف (٦)،انتهى (٧)

- الاجازة كالوطء ، والتزويج للغير

(١) وهو القول بأن الاجازة ناقلة

(٢) اى ولعل منشأ عدم جواز التصرف من قبل الاصيل على القول بالنقل

خلاصة الاحتمال أن عقد الفضولي جامع لجميع الشرائط سوى الرضا فآية ﴿اوفُوا بِالعُقُودِ﴾ تشمله فيجب الوفاء بالعقد فلا يجوز للاصيل التصرف في المبيع قبل اجازة الآخر

(٣) اى وإن لم يجب الوفاء بالعهد في الطرف الآخر مادام لم يُجز العقد

(٤) اى عدم جواز تصرف الاصيل فيما انتقل عنه لاجل جريان عموم وجوب الوفاء بالعقد

(٥) اى العين المنتقلة عن البائع .

والمراد من الغاصب هو الفضولي ، حيث يرى المحقق الثاني أن الفضولي غاصب

(٦) اى الكشف بكلا قسميه : الحقيقي ، والحكمي

(٧) اى ما افاده المحقق الثاني في هذا المقام

وفيه (١) أن الاجازة على القول بالنقل له مدخل في العقد شرطاً أو شطرا (٢) فما لم يتحقق الشرط ، أو الجزء لم يجب الوفاء على احد من المتعاقدين ، لأن المامور به بالوفاء هو العقد المقيد (٣) الذي لايوجد إلا بعد القيد (٤)

وهذا (٥) كله على النقل

وأما على القول بالكشف (٦) فلا يجوز التصرف فيه على مايستفاد من كلمات جماعة كالعلامة ، والسيد العميدي ، والمحقق الثاني ، وظاهر غيرهم

وربما اعترض عليه (٧) بعدم المانع له من التصرف ، لأن مجرد احتمال انتقال المال عنه في الواقع لايقدح في السلطنة الثابتة له ، ولذا (٨) صرح

---

(١) اى وفيما افاده المحقق الثاني : من عدم جواز تصرف الاصيل فيما انتقل عنه لاجل جريان عموم وجوب الوفاء بالعقد منظر وإشكال .

وقد ذكر الشيخ وجه النظر في المتن فلانعيده

(٢) اى جزءً

(٣) اى المقيد بالاجازة الذي هو شرط في العقد ، أو جزء له

(٤) وهو الاجازة على نحو الشرطية ، أو الجزئية

(٥) وهو جواز تصرف الاصيل فيما انتقل ، أوعدم جواز تصرفه

(٦) وهو الكشف بكلا قسميه

(٧) اى على عدم جواز التصرف للاصيل على القول بالكشف بكلا قسميه

(٨) اى ولاجل أن مجرد انتقال المال عن الاصيل لايضر في السلطنة الثابتة له صرح بعض المعاصرين بجواز التصرف للاصيل مطلقا ، سواءً قلنا بالكشف بكلا قسميه ام قلنا بالنقل

بعض المعاصرين بجواز التصرف مطلقا

نعم اذا حصلت الاجازة (١) كشفت عن بطلان كل تصرف مناف لانتقال (٢) المال الى المجيز فياخذ المال مع بقائه، وبدله مع تلفه قال: (٣) نعم لو علم (٤) باجازة المالك لم يجز له التصرف (٥)، انتهى

اقول: مقتضى عموم وجوب الوفاء (٦) وجوبه على الاصيل، ولزوم العقد، وحرمة نقضه من جانبه

ووجوب الوفاء عليه (٧) ليس مراعى باجازة المالك (٨) بل مقتضى العموم (٩) وجوبه حتى مع العلم بعدم اجازة المالك

ومن هنا (١٠) يظهر أنه لافائدة في أصالة عدم الاجازة

---

(١) اى بعد تصرف الاصيل

(٢) تعليل لبطلان كل تصرف بعد حصول الاجازة

(٣) اى بعض المعاصرين

(٤) اى الاصيل

(٥) اى ما افاده بعض المعاصرين في هذا المقام

(٦) اى بالعقد في قوله تعالى : أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

(٧) اى على الاصيل

(٨) حتى يقال : إن حصلت الاجازة كشفت عن بطلان كل تصرف وإن لم تحصل صح التصرف

(٩) اى عموم وجوب الوفاء بالعقد

(١٠) اى ومن أن مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقد وجوب الوفاء على الاصيل حتى مع العلم بعدم صدور الاجازة من المالك يظهر عدم الفائدة في جريان أصالة عدم الاجازة ، لأن جريان أصالة عدم الاجازة لاتزيد على العلم بعدم الاجازة

لكن ماذكره (١) البعض المعاصر صحيح على مذهبه في الكشف (٢): من كون العقد مشروطاً بتعقبه بالاجازة ، لعدم إحراز الشرط مع الشك فلا يجب الوفاء به على احد من المتعاقدين

وأما على المشهور في معنى الكشف : من كون نفس (٣) الاجازة المتأخرة شرطاً ، لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تاماً فالذي يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد (٤)

وقد تحقق (٥) فيجب على الاصيل الالتزام به (٦) ، وعدم نقضه الى أن ينقض ، فإن رد المالك فسخ العقد من طرف الاصيل،كما أن اجازته (٧) امضاء له من طرف الفضولي

---

(١) من جواز تصرف الاصيل في العين المنتقلة عنه مطلقا على الكشف والنقل

(٢) اى بمعناه الثاني : وهو كون الشرط الامر المنتزع : وهو تعقب الاجازة ، لانفس الاجازة

(٣) وهو القسم الاول من قسمي الكشف

(٤) اى من غير تقييد العقد بشيء آخر وهو الاجازة

(٥) اى وقد ثبت هذا العقد الذي يجب الوفاء به من غير تقييد عند ما انشأه العاقد الفضولي

(٦) اى بهذا العقد الذي تحقق وثبت في الخارج الذي انشأه العاقد الفضولي ، ويجب على الاصيل أن لاينقضه الى أن ينقضه الطرف الآخر فإن نقضه بالرد فسخ العقد من قبل الاصيل

(٧) اى كما أن اجازة المالك يكون إمضاءً للعقد الصادر من قبل الفضولي وطرفه

والحاصل أنه إذا تحقق العقد فمقتضى العموم (١) على القول بالكشف (٢) المبني على كون مايجب الوفاء به هو العقد ، من دون ضميمة شيء شرطاً ، أوشطراً: حرمة نقضه على الاصيل مطلقا (٣) فكل تصرف يعد نقضاً لعقد المبادلة بمعنى عدم اجتماعه مع صحة العقد فهو غير جائز

ومن هنا (٤) تبين فساد توهم أن العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرف الاصيل فيما انتقل عنه كذلك يوجب جواز تصرفه فيما انتقل اليه ، لأن (٥) مقتضى العقد مبادلة المالين فحرمة التصرف في ماله مع حرمة التصرف في عوضه تنافي مقتضى العقد اعني المبادلة (٦)

توضيح الفساد أن الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم (٧)

---

(١) اى عموم اوفوا بالعقود

(٢) اى الكشف بكلا قسميه

(٣) اى سواء علم أن المالك يجيز ام لا ، وسواء علم بعدم اجازة المالك ام لا

(٤) اى ومن قولنا : يجب على الاصيل الالتزام بالعقد وحرمة نقضه الى أن ينقض من الطرف الآخر

(٥) تعليل من قبل المتوهم للقول بأن العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرف الاصيل فيما انتقل عنه كذلك يوجب جواز تصرفه فيما انتقل اليه من قبل الفضولي

(٦) اذ مفهوم المبادلة هو حرمة التصرف فيما انتقل عنه بالعقد وجواز التصرف فيما انتقل اليه بنفس العقد ، اذ الحكم باحدهما وهو حرمة التصرف فقط دون جواز التصرف مناف لمفهوم المبادلة والمعاوضة

(٧) اى الاصيل

على نفسه من المبادلة حرمة نقضه ، والتخطي عنه

وهذا (١) لايدل إلا على حرمة التصرف في ماله ، حيث التزم بخروجه عن ملكه ولو بالبدل

وأما دخول البدل في ملكه فليس مما التزمه على نفسه (٢) ، بل مما جعله لنفسه ، ومقتضى الوفاء بالعقد حرمة رفع اليد عما التزم على نفسه

وأما قيد كونه (٣) بازاء مال فهو خارج عن الالتزام على نفسه وإن كان داخلاً في مفهوم المبادلة ، فلو لم يتصرف في مال صاحبه لم يكن ذلك (٤) نقضاً للمبادلة

فالمرجع في هذا التصرف (٥) فعلاً وتركاً الى مايقتضيه الاصل وهي أصالة عدم الانتقال (٦)

ودعوى أن الالتزام المذكور (٧) إنما هو على تقدير الاجازة ودخول البدل في ملكه

---

(١) وهو أن الثابت من وجوب الوفاء بالعقد هو حرمة نقض الاصيل العقد ، وعدم جواز التخطي عنه

(٢) حتى يحرم على الاصيل نقضه بعدم جواز التصرف فيما انتقل اليه ، أويحرم التخطي عنه

(٣) اى كون ما التزم على نفسه

(٤) اى عدم التصرف فيما انتقل اليه

(٥) اى تصرف الاصيل فيما انتقل اليه

(٦) اى عدم انتقال مال الآخر الى الاصيل

(٧) وهو التزام الاصيل على نفسه حرمة نقضه ، والتخطي عنه

فالالتزام معلق على تقدير (١) لم يعلم تحققه فهو (٢) كالنذر المعلق على شرط حيث حكم جماعة بجواز التصرف في المال المنذور قبل تحقق الشرط اذا لم يُعلم بتحققه

فكما أن التصرف حينئذ (٣) لايعد حنثاً فكذا التصرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقق الاجازة لايعد نقضاً لما التزمه ، اذ لم يلتزمه في الحقيقة إلا معلقا

مدفوعة بعد تسليم جواز التصرف في مسألة النذر المشهورة بالإشكال بأن (٤) الفرق بينهما أن الالتزام هنا غير معلق على الاجازة ، وإنما التزم بالمبادلة متوقعاً للاجازة فيجب عليه الوفاء به ، ويحرم عليه نقضه الى أن يحصل مايتوقعه من الاجازة ، أو ينتقض التزامه برد المالك

---

(١) وهو تقدير الاجازة ، ودخول البدل في ملكه

(٢) اى هذا الالتزام شبيه بالنذر المعلق على شيء ، فإن من نذر بإعطاء دينار معين مثلاً الى هاشمي لو قضيت حاجته فقد حكم بعض الفقهاء بجواز التصرف في الدينار المعين المنذور قبل تحقق حاجته التي هو الشرط

(٣) اى التصرف في المنذور حين لم يعلم الناذر بتحقق الشرط وهو قضاء حاجته لم يكن حنثاً لنذره حتى يوجب الكفارة

(٤) الجار والمجرور متعلق بقوله : مدفوعة ، والباء بيان لكيفية الدفاع

وخلاصة الدفاع أنه فرق بين ما نحن فيه : وهو تصرف الاصيل فيما انتقل عنه

وبين تصرف الناذر في المنذور المعين قبل تحقق شرطه

وقد ذكر الشيخ كيفية الفرق بينهما فلا نعيده

ولأجل ماذكرنا : من (١) اختصاص حرمة النقض بما يعد من التصرفات منافياً لما التزمه الاصيل على نفسه ، دون غيرها (٢)

قال في القواعد في باب النكاح:ولو (٣) تولى الفضولي احد طرفي العقد ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة ، فإن كان (٤) زوجاً حرمت عليه الخامسة ، والاخت (٥)

---

(١) كلمة من بيان لما ذكرنا

وخلاصة ماذكره الشيخ هو عدم جواز مخالفة الاصيل لما التزمه على نفسه فيما اذا كان احد طرفي العقد فضولياً في الآثار المترتبة على نفسه وضرره

وهنا يروم أن يستشهد بكلام العلامة قدس سره على ما افاده فقال : قال العلامة في القواعد

(٢) اى دون التصرفات غير المنافية لما التزمه الاصيل على نفسه

(٣) هذا مقول قول العلامة في القواعد

وخلاصة ما افاده هناك : أن الفضولي لو تولى احد طرفي العقد : بأن صار موجباً ، أو قابلاً وكان الطرف الآخر اصيلاً فباشر عقد النكاح فقد ثبتت في حق المباشر الاصيل حرمة المصاهرة ، لأن مناط الحرمة هو النكاح الصحيح الفعلي وقد تحقق هـذا المناط بالنسبة الى المباشر الاصيل فلا يجوز له الإقـدام على الخامسة اذا كان زوجاً او كان المعقود عليها هي الرابعة

فلو عقد على الخامسة لا اثر للعقد اذا كانت الاربعة موجودة

(٤) اى المباشر الاصيل كما عرفت آنفاً

(٥) اى وكذا تحرم على المباشر الاصيل اخت المعقود عليها فيما اذا كان احد طرفي العقد فضولياً ، لعدم جواز الجمع بينهما فلا يجوز له الاقدام على نكاح الاخت بمجرد العقد

—

والام (١) ، والبنت (٢) ، إلا (٣) إذا فسخت على إشكال

- هذا من آثار عدم جواز مخالفة الاصيل لما التزمه على نفسه

(١) اى وكذا تحرم ام المعقود عليها على المباشر الاصيل فيما اذا كان احد طرفي العقد فضولياً

هذا من آثار عدم جواز مخالفة الاصيل لما التزمه على نفسه

(٢) اى وكذا تحرم بنت المعقود عليها على المباشر الاصيل فلا يجوز له الإقدام على نكاحها اذا دخل المباشر الاصيل بالام

هذا من آثار عدم جواز مخالفة المباشر الاصيل لما التزمه على نفسه

(٣) اى اذا فسخت المعقود عليها عقد النكاح

هذا الاستثناء راجع الى الخامسة والاخت والام والبنت

وخلاصته : أن المعقود عليها لو فسخت عقد النكاح فلا تحرم الخامسة على المباشر الاصيل ، وكذا الاخت والبنت والام

أما عدم حرمة الخامسة على المباشر الاصيل فلخروج المعقود عليها بالفسخ عن الزوجية فلا تبقى للمباشر الاصيل اربع زوجات لوكانت له حتى تحرم الخامسة

وأما عدم حرمة الاخت على المباشر الاصيل فلما عرفت : من أن المناط في الحرمة هو الجمع بين الاختين فالحرمة إنما تعلقت بذلك ، لابعين الاخت حتى لايجوز نكاحها بعد فسخ المعقود عليها

وأما عدم حرمة البنت على المباشر الاصيل فلأن الحرمة إنما تعلقت بالبنت بواسطة امر عرضي وهو الدخول بامها لابعين البنت حتى لايجوز نكاحها بعد فسخ امها

ومن المعلوم أن المباشر الاصيل لم يدخل بالام حتى تحرم البنت عليه

في الأم (١)

وفي الطلاق (٢) نظر ، لترتبه (٣) على عقد لازم فلا يقع المصاهرة

---

(١) اى وفي تحريم ام المعقود عليها على المباشر الاصيل بعد فسخ المعقود عليها إشكال

وجه الاشكال : أن مناط التحريم في الام هو العقد الصحيح اللازم وقد وقع هذا العقد الصحيح اللازم من المباشر الاصيل ، لأنه المفروض

ووجه عدم الاشكال : أن فسخ العقد من قبل المعقود عليها رفـع لاصل النكاح فترتفع أحكامه التي منها حرمة نكاح الام

(٢) اى لو طلق المباشر الأصيل المعقود عليها فهل يفيد هذا الطلاق رفع حرمة المصاهرة الثابتة بالنكاح قبل الطلاق أم لايفيد ؟

وكذا هل يفيد طلاق اباحة نكاح الخامسة والبنت والاخت ام لا ؟

فيه نظر :

من أن الطلاقه صادر من اهله ، وواقع في محلـه ، لأن المفروض لزوم العقد بالنسبة اليه فيكون رافعاً لاثر العقد كما لو فسخت الزوجة فيقع المصاهرة ، ونكاح الاخت والبنت والخامسة

ومن أن الطلاق فرع وقوع الزوجية وتحققها في الخارج ولم تتحقق لأن الزوجة لوفسخت ولم تجز النكاح لم تكن هناك زوجية حتى يقـع الطلاق في محله

وصرف العقد اللازم على الاصيـل لايكون كافياً في صحة الطلاق فلا يفيد في رفع الحرمة ، وإباحة نكاح الاخت والبنت والخامسة فلا ترتفع الحرمة الثابتة إلا بالفسخ ، أو الطلاق بعد الاجازة

(٣) اى لترتب الطلاق

وإن كان (١) زوجة لم يحل لها نكاح غيره (٢) إلا اذا فسخ (٣) والطلاق هنا معتبر (٤)،انتهى

وعن كشف اللثام نفي الاشكال (٥)

وقد صرح ايضاً جماعة بلزوم النكاح المذكور من طرف الاصيل وفرعوا عليه تحريم المصاهرة

وأما مثل (٦) النظر الى المزوجة فضولاً، والى امها مثلا، وغيره

---

(١) اى المباشر الاصيل

(٢) اى غير هذا الزوج الذي اختير لها فضولاً، وكانت هي المتولية لطرف العقد مباشرة

(٣) اى الزوج فسخ

(٤) اى في صورة كون المباشر الاصيل زوجة، وفسخ الزوج العقد يعتبر الطلاق فيها، لتوقف الطلاق على الزوجية المتوقفة على الاجازة ومعها يصح الطلاق

(٥) اى قال صاحب كشف اللثام: إنه لا إشكال في تحريم المصاهرة من طرف المباشر الاصيل لو تولى الفضولي احد طرفي العقد، وكان المباشر الاصيل الزوج، أو الزوجة

وكذا لا إشكال في تحريم الخامسة، والجمع بين الاختين، وبنت الأم

الى هنا كان الكلام حول الآثار المترتبة على نفس المباشر الاصيل وقلنا: إنه لايجوز له نقض ما التزمه على نفسه، والتخطي عنه

(٦) من هنا يروم الشيخ أن يتكلم حول الآثار المترتبة للمباشر الاصيل في العقد اذا تولى احد طرفيه فضولي

وخلاصة ما افاده هنا: أن النظر الى المرأة المزوجة فضولاً الذي -

مما لايعد تركه نقضاً لما التزم العاقد على نفسه فهو باقٍ تحت الاصول (١) لأن ذلك (٢) من لوازم علاقة الزوجية غير الثابتة ، بل المنفية بالأصل

فحرمة (٣) نقض العاقد لما عقد على نفسه لاتتوقف على ثبوت نتيجة العقد اعني علاقة الملك ، أو الزوجية ، بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمة النقض من الطرفين (٤)

ثم إن بعض متأخري المتأخرين (٥) ذكر ثمرات اُخر لابأس بذكرها

= كان من الآثار المترتبة للمباشر ، أوالنظر الى ام المرأة ، أوغير النظر مما لايعد تركه نقضاً لما التزم به المباشر الاصيل على نفسه : غير جائز فهو باق على الحرمة ، وداخل تحت الاصول والقواعد وهي عدم الجواز ، حيث إن هذه الآثار التي هي للمباشر الاصيل إنما تجوز اذا كان العقد ملتزماً من الطرفين : بأن كان كلا طرفي العقد اصيلين

لا فيما نحن فيه الذي كان احد طرفيه فضولياً ، فلا يثبت هذه الآثار التي هي للمباشر ، لأن النظر الى المرأة المزوجة فضولاً من لوازم الزوجية التي لم تثبت بسبب وقوع العقد فضولاً ، بل هو منفي بالأصل ، لأن العقد لم يقع صحيحاً حتى يترتب عليه هذه الآثار

(١) وقد عرفت أن الأصل هو عدم الجواز ، لعدم وقوع العقد صحيحاً

(٢) وهو جواز النظر الى المرأة المزوجة فضولاً

(٣) الفاء تفريع على ما افاده : من عدم كون الآثار المترتبة للمباشر الاصيل مما يعد تركه نقضاً وقد ذكر الشيخ التفريع في المتن فلا نعيده

(٤) ومن الواضح أن حرمة النقض فيما نحن فيه قد تحققت من المباشر الاصيل فقط ، حيث كان احد المتعاطيين فضولياً

(٥) وهو المحقق الاردبيلي قدس سره

التنبه بها ، وبما يمكن أن يقال (١) عليها

(منها) (٢) : مالو انسلخت قابلية التملك عن احد المتبايعين بموته قبل اجازة الآخر ، أو بعروض كفر بارتداد فطرى ، أو غيره (٣) مع كون المبيع عبداً مسلما ، أو مصحفا (٤) ، فيصح حينئذ على الكشف ، دون النقل

---

(١) اى ويمكن الرد على تلك الثمرات التي افادها بعض متأخري المتأخرين

(٢) اى من بعض تلك الثمرات المترتبة على القول بالكشف ، دون القول بالنقل

اليك خلاصة هذه الثمرة

إن احد المتعاقدين الذي هو الاصيل ، سواءً أكان بايعاً ام مشترياً لو باع شيئاً ، أو اشترى ثم بعد البيع ، أو الشراء انسلخت عنه قابلية التملك بموت ، أو بارتداد ، سواءً أكان الارتداد فطرياً ام ملياً ، وكان الانسلاخ قبل اجازة الآخر الذي هو صاحب العوض المشترى به فضولاً أو المعوض الذي بيع فضولاً فقد صح البيع ، أو الشراء بالنسبة الى المجاز لو اجاز الآخر ، لكون الإجازة كاشفة عن سبق الملك بمجرد العقد

بخلاف القول بالنقل ، فإن البيع ، أو الشراء باطل ، لكون الاجازة كاشفة عن انتقال الملك الى المجاز عند صدور الاجازة

والمفروض أن احد المتعاقدين قد انسلخت عنه قابلية التملك بموته أو ارتداده فالعوض ، أو المعوض قد انتقل الى الوراث بموته ، أوارتداده

(٣) اي أو غير المرتد الفطري وهو المرتد الملي

(٤) القيد راجع الى المرتد الملي ، فإنه لو ارتد يملك كل شيء سوى العبد المسلم والمصحف الشريف ، فإن الارتداد عن ملة يوجب انسلاخ -

وكذا (١) لو انسلخت قابلية المنقول بتلف ، أو عروض نجاسة له مع ميعانه ، الى غيرذلك

وفي مقابله (٢) مالو تجددت القابلية قبل الاجازة بعد انعدامها حال العقد كما (٣) لو تجددت الثمرة وبدا صلاحها بعد العقد قبل الاجازة

- قابلية احد المتعاقدين عن العبد المسلم ، والمصحف الكريم فقط ، لاعن كل شيء ، فلهـذا قيد الشيخ قدس سره الارتداد الملي فيما اذا كان المبيع عبداً مسلماً ، أو مصحفاً كريماً

(١) اى ومن الثمرات التي افادها بعض متأخري المتأخرين المترتبة على القول بالكشف ، أو النقل انسلاخ قابليـة المالية عن المال المنقول من طرف الاصيـل عوضاً ، أومعوضاً للملك بتلف ذلك المال المنقول أو بعروض النجاسة عليه كما اذا كان دهناً مايعـاً وليس قابلاً للانتفاع لكل شيء

فعلى القول بالكشف يصح البيع ويكون الضرر من مال المشتري لانتقال المال اليه من حين العقد

وعلى القول بالنقل يصح البيع ويكون الضرر من مال البائع ، لانتقال المال الى المشتري من حين صدور الاجازة

(٢) اى وفي مقابل إنسلاخ القابلية عن المال المنقول تجدد القابلية في المال المنقول قبل الاجازة ، وبعد أن كانت القابلية معدومة

(٣) هذا مثال لتجدد القابلية في المال المنقول بعد أن كانت معدومة

فعلى القول بالكشف يصح البيـع وتكون زكاة الزرع لو كان الزرع زكوياً على المشتري ، لأن بدو الصلاح كان في ملكه

وعلى القول بالنقل يصح البيع ، أو الشراء ، لكن الزكاة على البائع لكون ظهور الثمرة ، وبدو الصلاح كان في ملكه

وفيما (١) قارن العقد فقد الشرط ثم حصل ، وبالعكس (٢)

وربما يُعترض (٣) على الاول بامكان دعوى ظهور الأدلة في اعتبار استمرار القابلية الى حين الاجازة على الكشف فيكشف الاجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمراً الى حين الاجازة

---

(١) اى أوقارن العقد فقدان شرط من شروط تأثير العقد ، سواءٌ أكان الشرط من شروط المتعاقدين أم من شروط العوضين ، ثم حصل قبل الاجازة

فعلى القول بالكشف يكون العقد باطلاً

وعلى القول بالنقل يكون صحيحاً

(٢) اى لو قارن العقد وجدان شرط من شروط تأثير العقد ، سواءٌ أكان من شروط المتعاقدين ام من شروط العوضين ثم فقد الشرط قبل الاجازة

فعلى القول بالكشف يصلح العقد

وعلى القول بالنقل يبطل

(٣) المعترض هو صاحب الجواهر قدس سره

والمراد من الاول هو إنسلاخ قابلية التملك عن احد المتبايعين بموت أو ارتداد كما علمت في الهامش ٢ ص ٢٢٧

وخلاصة الاعتراض : أن أدلة صحة البيع ، أو الشراء ظاهرة في اعتبار استمرار قابلية التملك من حين صدور العقد الى حين صدور الاجازة على القول بالكشف

وفيما نحن فيه وهو انسلاخ قابلية التملك عن احد المتعاقدين يبطل البيع ، أو الشراء على القول بالكشف ، لعدم وجود قابلية التملك ـ

وفيه (١) أنه لا وجه لاعتبار استمرار القابلية ، ولا استمرار التملّك المكشوف عنه بالاجازة الى حينها

كما (٢) لو وقعت بيوع متعددة على مال ، فإنهم صرحوا بأن اجازة الاول (٣) توجب صحة الجميع ، مع عدم بقاء مالكية الاول (٤) مستمراً

- بعد صدور العقد الى زمن صدور الاجازة

ولا يخفى عليك أن اعتراض صاحب الجواهر وارد على الثاني وهو انسلاخ قابلية المال المنقول بتلف ، أو عروض نجاسة المذكور في ص ٣٢٨

وكـذا على الثالث وهو تجدد القابلية لاحد المتعاقدين قبل حصول الاجازة المذكور في ص ٣٢٨ كما تأتي الاشارة اليها من الشيخ

(١) اى وفيما اعترضه صاحب الجواهر على انسلاخ قابلية التملك عن احد المتعاقدين ، أو انسلاخ قابلية المال المنقول بادعائه اعتبار استمرار قابلية التملك من زمن العقد الى زمن صدور الاجازة نظر وإشكال

وقد ذكر النظر في المتن فلا نعيده

(٢) هـذا تنظير لعدم اعتبار قابلية استمرار التملك الى زمن صدور الاجازة

(٣) أى البيع الاول

(٤) وهو البائع الأول في المبيع الأول على صفة المالكية ، فإنه بعد البيع خرج المبيع عن ملكه وسلطته ، مع أن الفقهاء صرحوا جميعاً بصحة جميع البيوع المتعددة ، فلو كانت قابلية استمرار التملك معتبرة الى حين صدور الاجازة فكيف حكم الفقهاء بصحة البيوع المتعددة ؟

وكما (١) يشعر به بعض أخبار المسألة المتقدمة ، حيث إن ظاهر بعضها ، وصريح الآخر عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الاجازة مضافاً (٢) الى فحوى خبر تزويج الصغيرين الذي يصلح لما ذكر

(١) تنظير ثان لعدم اعتبار استمرار قابلية التملك في المتعاقدين الى زمن صدور الاجازة اى وكما يشعر بعدم اعتبار استمرار قابلية التملك

والظاهر أن المراد ببعض أخبار مسألة الفضولي هو رواية ابن اشيم المشار اليها في ص ١٩١ حيث إن الدافع بعد أن دفع الى العبد المأذون مبلغاً لشراء عبد وعتقه ثم يحج عن الباقي قد مات ، وإلا فليس في الأخبار المتقدمة المستدل بها على صحة بيع الفضولي من البداية الى النهاية التي ذكرها الشيخ مايدل على عدم اعتبار الحياة في المتعاقدين حال صدور الاجازة لاتلويحاً ولا تصريحاً حتى تكون في تلك الأخبار ما يشعر بعدم اعتبار استمرار قابلية التملك الى زمن صدور الاجازة

واليك تلك الأخبار وهي :

صحيحة محمد بن قيس المشار اليها في ص ١٦٩

وفحوى صحة عقد النكاح المشار اليها في الهامش ١ . ص ١٧٨

وموثقة جميل المشار اليها في ص ١٨٤

وصحيحة الحلبي المشار اليها في ص ١٩٦

وموثقة عبدالله المشار اليها في ص ١٩٧

والأخبار الواردة في الاتجار بمال اليتيم المشار اليها في الهامش ٣ ص ١٨٨

(٢) اى ولنا بالاضافة الى ماذكره : من إشعار بعض الأخبار المتقدمة على عدم اعتبار استمرار القابلية في التملك فحوى خبر تزويج الصغيرين الذي اشير اليه في الهامش ٢ ص ٣٠٤ فإنه يصلح لعدم اعتبار استمرار قابلية التملك في المتعاقدين الى زمن صدور الاجازة

في الثمرة الثانية (١) اعني خروج المنقول (٢) عن قابلية تعلق إنشاء عقد أو اجازة به ، لتلف ، وشبهه ، فإن موت احد الزوجين كتلف احد العوضين في فوات احد ركني العقد

مضافاً الى اطلاق رواية عروة (٣) ، حيث لم يستفصل النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن موت الشاة ، أوذبحه وإتلافه

نعم ماذكره (٤) أخيراً : من تجدد القابلية بعد العقد حال الاجازة لايصلح ثمرة للمسألة (٥) ، لبطلان العقد (٦)

- ولا يخفى عليك أن الاستدلال بفحوى خبر الصغيرين على المدعى لايخلو من الضعف ، حيث إنه على خلاف القاعدة فلا يتعدى منه الى غيره

(١) اى المترتبة على القول بالكشف ، أو النقل

(٢) اى المال المنقول كما عرفت

(٣) اى عروة البارقي المشار اليها في ص ١٦٤ التي استدل بها الشيخ على صحة عقد الفضولي اى الرواية هذه مطلقة ، حيث إن الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله وسلم لما اخبره عروة البارقي بما صنع قال صلى الله عليه وآله وسلم : بارك الله لك في صفقة يمينك ، ولم يستفصل عن موت الشاة ، أوذبحه ، فترك الاستفصال دليل على عدم اعتبار استمرار القابلية الى زمن صدور الاجازة

(٤) اى صاحب الجواهر : من اعتبار استمرار القابلية الى زمن صدور الاجازة

(٥) وهي مسألة الكشف ، أو النقل

(٦) وجه البطلان أنه لابد من قابلية المتعاقدين التملك حال العقد وانشاء المعاملة

ظاهراً على القولين (١)

وكذا (٢) فيما لو قارن العقد فقدُ الشرط

وبالجملة فباب المناقشة وإن كان واسعاً ، إلا أن الأرجح في النظر ماذكرناه (٣)

وربما يقال : بظهور الثمرة (٤) في تعلق الخيارات (٥) ، وحق (٦)

---

(١) وهما : قول الكشف ، وقول النقل

(٢) اى وكذا لايصلح ما ذكره صاحب الجواهر قدس سره : من مقارنة العقد فقد الشرط ، لعين الملاك الذي قلناه في تجدد القابلية

(٣) وهو عدم اعتبار استمرار القابلية ، ولا استمرار التملك المكشوف عنه بالاجازة

(٤) اى الثمرة بين القول بالكشف ، والقول بالنقل

(٥) كما اذا اختلف المبيع من حيث الصحة والعيب بحسب زمان العقد ، وزمان صدور الاجازة : بأن كان زمن العقد صحيحاً ثم صار معيباً زمن صدور الاجازة ، أو بالعكس فيختلف الحال في ثبوت الخيار

فعلى القول بالكشف لايثبت للمشتري الخيار ، لأن العيب قد وقع في ملكه

وعلى القول بالنقل يثبت للمشتري الخيار

وإن كان المبيع في زمن صدور العقد معيباً ، وزمن صدور الاجازة صحيحاً

فعلى القول بالكشف يثبت الخيار للمشتري

وعلى القول بالنقل لايثبت الخيار له

(٦) فعلى القول بالكشف يكون حق الشفعة من زمن العقد وعلى القول بالنقل يكون من زمن صدور الاجازة -

الشفعة . واحتساب (١) مبدأ الخيارات ، ومعرفة (٢) مجلس الصرف والسلم والأيمان (٣)

- وكما لو كانت دار مشتركة بين اثنين على وجه الاشاعة فباع فضولي حصة احد الشريكين لرجل خارج عن الشركة ، ثم باع الرجل حصته لشخص آخر ، ثم اجاز البيع مالك الحصة الاولى

فعلى القول بالكشف يكون حق الشفعة للمشتري من الفضولي ، لكونه أصبح شريكاً مع الآخر فاذا بيع مافي شركة استحق الأخذ بالشفعة

وعلى القول بالنقل كان حق الشفعة للمشتري من البايع الاصيل لكونه شريكاً مع المالك المجيز قبل تمامية بيع حصته ، فاذا تمت الاجازة فله أن يأخذ بالشفعة بالنسبة الى هذا البيع الذي تم من حين الاجازة

(١) كما في خيار الحيوان

فعلى القول بالكشف يكون مبدأ ثلاثة أيام في الحيوان من حين العقد

وعلى القول بالنقل يكون المبدأ من زمن صدور الاجازة

(٢) فعلى القول بالكشف يكون اعتبار مجلس القبض بمجلس العقد وعلى القول بالنقل يكون بمجلس الاجازة

وكذلك في بيع السلف

(٣) كما لو حلف شخص على بيع جميع أمواله في يوم الجمعة وكان من جملة ماحلف عليه ماباعه الفضولي ولم تقع الاجازة في يوم الجمعة بل وقعت في يوم الثلاثاء مثلاً

فعلى القول بالكشف كان بيع الفضولي خارجاً عن إطار الحلف فلا يلزم التصدق به ، فتصح الاجازة

وعلى القول بالنقل يحكم بفساد الاجازة -

والنذور (١) المتعلقة (٢) بمال البائع ، أوالمشتري

وتظهر الثمرة (٣) ايضاً في العقود المترتبة على الثمن ، أوالمثمن

- وكما لو حلف شخص على أن يتصدق بجميع أمواله في يوم الجمعة وكان من جملة ماحلف عليه ما اشتراه من فضولي فلم تلحقه الاجازة يوم الجمعة ، بل لحقته يوم السبت

فعلى القول بالكشف يلزمه التصدق بماله

ومن جملة ما يملكه هذا الذي اشتراه من الفضولي ولحقته الاجازة يوم السبت

وعلى القول بالنقل لايلزمه التصدق به ، لعدم كون المال المشتري فضولياً ملكاً له يوم الجمعة

(١) كما لو نذر التصدق بدينار معين من ماله يوم الجمعة وقد اشترى الدينار المعين من فضولي ولم تلحقه الاجازة إلا يوم السبت

فعلى القول بالكشف يلزمه الوفاء بالنذر ، لوقوع النذر بماله

وعلى القول بالنقل فلا ، لعدم تملكه للدينار عند النذر

(٢) بالجر صفة للأيمان ، والنذور ، اي الأيمان تارة تتعلق بالبيع واخرى بالشراء

وكذا النذور ، فإنها تارة تتعلق بالبيع ، واخرى بالشراء

كما افاد هذا المعنى الشيخ بقوله : والأيمان والنذور المتعلقة بمال البايع أو المشتري

وقد مثلنا لهما بقولنا : في الهامش ٣ص ٣٣٤ كما لوحلف شخص على بيع جميع أمواله ، وفي ص٣٣٥بقولنا : وكما لوحلف شخص أن يتصدق بجميع أمواله

(٣) اى الثمرة بين القول بالكشف ، والقول بالنقل

وسيأتي (١) إن شاء الله

وينبغي التنبيه على امور : (الاول) : أن الخلاف في كون الاجازة كاشفة،أو ناقلة ليس في مفهومها اللغوي ومعنى الاجازة وضعا (٢) أوإنصرافا بل في حكمها الشرعي بحسب ملاحظة اعتبار رضا المالك ، وأدلة وجوب الوفاء بالعقود ، وغيرهما من الأدلة الخارجية

---

(١) اى في الامر الثالث من الامور التي ذكرها الشيخ بقوله : وأما القول في المجيز فاستقصاؤه يتم ببيان امور

(٢) خلاصة الكلام في التنبيه الاول : أن البحث في الاجازه ليس في معناه اللغوي من حيث الوضع اى ليس النزاع بين الفقهاء في أن الاجازة كاشفة ، أو ناقلـــة في معناه الموضوع له وهو الامضاء ، أو مجرد الرضا بمضمون العقد الواقع فضولاً ، لأن هذا لانزاع فيه

بل النزاع في حكم الاجازة شرعاً اى كون الاجازة كاشفة ، أوناقلة هل هو بجعل من الشارع على وجه اللزوم اى القائل بالكشف يقول : إن الشارع قد جعل الاجازة كاشفة فحينئذ لامعنى للنقل اصلاً ؟

أو أن المجيز اذا قصد النقل باجازته فقد افاد نقل المال من حين الاجازة كما لو باع شخص مال زيد فضولاً ثم انتقل ذلك المال اليه بعد زمن بالارث ، أوبشيء آخر فالاجازة حينئذ لاتصلح أن تكون كاشفة عن انتقال المال الى المشتري من حين العقد ، لأن البائـــع الفضولي الذي ورث المال بعد ذلك لاسلطنة له عليـــه في حال العقد ، فلا يصح أن تكون كاشفة عن النقل من حين العقد

بعبارة اخرى أن المستفاد من العمومات والاطلاقات ، وأدلة الطيب التي ذكرت كلها في أثناء البحث : هل أن الرضا المتأخر كاشف عن تمامية السبب ، أو أنه جزء السبب الناقل ؟

-

فلو (١) قصد المجيز الإمضاء من حين الاجازة على القول بالكشف أو الإمضاء من حين العقد على القول بالنقل ففي صحتها وجهان

(الثاني) :(٢) أنه يشترط في الاجازة أن تكون باللفظ الدال عليها على وجه الصراحة العرفية كقوله : امضيت ، واجزت ، وانفذت ، ورضيت وشبه ذلك

وظاهر رواية البارقي وقوعها بالكناية (٣) ، وليس (٤) ببعيد اذا

= أو أن مفاد الأدلة الخارجية هو الكشف عن تمامية العقد في التأثير أولها المدخالة فيه ؟

(١) الفاء تفريع على ما افاده : من أن الخلاف في الاجازة ليس في مفهومها اللغوي ، أو الإنصرافي ، بل في حكمها الشرعي

وخلاصة التفريع أنه لو كان الخلاف في المفهوم اللغوي لكان قصد الكشف ، أو النقل صحيحاً حتى او قلنا بظهور اللفظ في الكشف مثلاً

بداهة صلاحية قصد الخلاف مع وجود طريق اليه أن تكون قرينة صارفة عن ارادة ظاهر اللفظ

بخلاف مالو كان الخلاف في الحكم الشرعي ، فإنه حينئذ يأتي فيه الوجهان : الصحة ، والبطلان ، وإن كان البطلان أظهر ، لأن المجاز الذي هو النقل من حين العقد لم يقع ، وما وقع وهو النقل المطلق لم يجز اذ المجاز هو النقل المقيد من حين العقد

(٢) اى الامر الثاني من الامور التي ينبغي التنبيه عليها واشار الشيخ اليها بقوله في ص ٣٣٦

(٣) فإن قوله صلى الله عليه وآله وسلم : بارك الله لك في صفقة يمينك كناية عن اجزت ، أو امضيت ، أو رضيت

(٤) اى وقوع الاجازة بالكناية ليس ببعيد

انكل عليها (١) عرفاً

والظاهر : أن الفعل الكاشف عرفاً عن الرضا بالعقد كاف كالتصرف في الثمن (٢) ، ومنه (٣) اجازة البيع الواقع عليه كما سيجيء

وكتمكين الزوجة من الدخول بها اذا زوِّجت فضولاً كما صرح به العلامة رحمه الله

وربما يُحكى عن بعض اعتبار اللفظ ، بل نسب الى صريح جماعة وظاهر اخرين (٤)

وفي النسبة نظر

واستدل عليه (٥) بعضهم بأنها كالبيع في استقرار الملك

وهو (٦) يشبه المصادرة

---

(١) اى على الكناية

(٢) كما او باع شخص فضولاً سلعة زيد فاخذ المالك الاصيل ثمنها من البايع الفضولي وتصرف فيه فهذا التصرف كاف عن الاجازة اللفظية

(٣) اى ومن التصرف اجازة البيع الواقع على ثمن السلعة المبيعة فضولاً

(٤) فصارت الأقوال اربعة :

(الاول) : إنشاء الاجازة باللفظ الصريح

(الثاني) : انشاء الاجازة بالكناية

(الثالث) : انشاء الاجازة بفعل

(الرابع) : إلغاء الإنشاء والاكتفاء بالرضا الباطني

(٥) اى على اعتبار اللفظ في الاجازة

(٦) اى الاستدلال المذكور يشبه المصادرة ، اذ كون الاجازة مثل -

ويمكن أن يوجه (١) بأن الاستقراء في النواقل الاختيارية اللازمة كالبيع وشبهه يقتضي اعتبار اللفظ

ومن المعلوم أن النقل الحقيقي العرفي من المالك يحصل بتأثير الاجازة (٢)

وفيه (٣) نظر ، بل لولا شبهة الاجماع الحاصلة من عبارة جماعة من المعاصرين (٤) تعين القول بكفاية نفس الرضا (٥) اذا علم حصوله من أي طريق كما يستظهر (٦) من كثير من الفتاوى والنصوص (٧)

فقد (٨) علل جماعة عدم كفاية السكوت في الاجازة بكونه (٩)

- البيع في اعتبار اللفظ فيه اول الكلام ، لأنك عرفت وقوع المعاملة بالمعاطاة

(١) اى اعتبار اللفظ في الاجازة

(٢) ومن الواضح أن الاجازة لابد أن تكون باللفظ ، لأن الناقل اللازم هو اللفظ

(٣) اى وفي هذا التوجيه نظر

لعل وجه النظر منع حصول النقل بالاجازة بعد أن سلمنا أن الناقل اللازم هو اللفظ ، لأن الاجازة شرط في تأثير العقد في النقل ، بناءً على ثبوت النقل في الفضولي بالعقد ، فلا يعتبر في الشرط أن يكون باللفظ

(٤) حيث قالوا باعتبار اللفظ

(٥) وهو الرضا القلبي الذي عرفته عند قولنا في الهامش ص : ٣٣٨ الرابع إلغاء الانشاء

(٦) وهو الاكتفاء بالرضا القلبي

(٧) المراد منها نصوص الفقهاء ، لا الأحاديث الواردة عن (أهل البيت) عليهم الصلاة والسلام ، والدليل على ذلك قول الشيخ : فقد علل جماعة

(٨) من هنا اخذ الشيخ في كفاية الرضا القلبي

(٩) الباء بيان لعدم كفاية السكوت ، اى السكوت أعم من الرضا -

أعم من الرضا فلا يدل (١) عليه ، فالعدول (٢) عن التعليل بعدم اللفظ الى عدم الدلالة كالصريح فيما ذكرنا

وحكي عن آخرين أنه اذا انكر الموكل الاذن فيما اوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت ، لأن الحلف يدل على كراهتها (٣)

وذكر بعض أنه يكفي في اجازة البكر للعقد الواقع عليها فضولاً سكوتها

ومن المعلوم أن ليس المراد من ذلك (٤) أنه لايحتاج الى اجازتها

- وعدمه فلا يصح الإستدلال به

(١) اى السكوت لايدل على الرضا ، لكونه أعم كما عرفت

(٢) خلاصة هذا الكلام : أن جماعة من الفقهاء في مقام دعوى عدم كفاية السكوت في الاجازة عللوا بأنه لادلالة للسكوت على الرضا القلبي ولم يعللوا أن اللفظ معتبر في الاجازة ، فعدلوا عن تعليل اعتبار اللفظ الى التعليل بعدم دلالة السكوت على الرضا القلبي

فالعدول هذا كالصريح فيما قلناه : وهو تعين القول بكفاية الرضا القلبي فقط

(٣) اى كراهة المعاملة

وجه دلالة كراهة المعاملة على صحة بيع الفضولي أنه اذا كفت الكراهة في فسخ المعاملة فبمقتضى التقابل كفاية الرضا في الاجازة ، من دون احتياج الى لفظ

(٤) اى من كفاية السكوت عن اجازة البكر في العقد الواقع عليها فضولاً

خلاصة هذا الكلام أنه لايتوهم من قولنا : كفايه السكوت عن اجازة البكر في العقد الواقع عليها فضولاً عدم احتياج العقد عليها فضولاً الى الاجازة -

بل المراد كفاية السكوت الظاهر في الرضا وإن لم يفد القطع ، دفعاً (١) للحرج عليها وعلينا

- اصلاً ، اذ كيف يعقل ذلك وقد ثبت أن الاجازة في الفضولي إما شطر أو شرط

بل المراد أن سكوت البكر بعد العقد عليها فضولاً لو علمت بذلك فسكتت ظاهر في الرضا ، وهذا المقدار كاف في الاجازة وإن لم يفد السكوت القطع بالرضا ، اذ السكوت أعم من الرضا وعدمه ، فالسكوت ظاهر في الرضا ، والرضا هو الاجازة

(١) منصوب على المفعول لاجله فهو تعليل لكفاية السكوت الموجب للاطمينان القلبي عن الاجازة ، اى إنما نقول بذلك لاجل دفع الحرج عن البكر وعنا

أما لزوم الحرج عليها لو لم نقل بكفاية السكوت فلأنها تستحي عن التصريح بالتزويج فهو حرج عليها

وأما لزوم الحرج علينا فلأنه ربما يصعب استنطاقها فهو حرج علينا والحرج هنا وإن كان حرجاً شخصياً إلا أنه ملازم للحرج النوعي

اليك نص الحديث الوارد في أن السكوت اقرار من المرأة في اذنها للتزويج .

عن الضحاك بن مزاحم قال : سمعت (علي بن ابي طالب) عليه السلام يقول : وذكر تزويج فاطمة عليها السلام وأنه طلبها من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم

فقال : ياعلي إنه قد ذكرها قبلك رجال فذكرت ذلك لها فرأيت الكراهة في وجهها ، ولكن على رسلك حتى اخرج اليك ، فدخل عليها وقال : -

ثم إن الظاهر أن كل من قال بكفاية الفعل الكاشف عن الرضا كأكل الثمن ، وتمكين الزوجة اكتفى به (١) من جهة الرضا المدلول عليه به لامن (٢) جهة سببية الفعل تعبداً

وقد صرح غير واحد بأنه لو رضي المكره بما فعله (٣) صح ولم يعبروا بالاجازة

وقد ورد فيمن زوجت نفسها في حال السكر أنها اذا اقامت (٤) معه بعدما افاقت فذلك رضا منها

= إن علياً قد ذكر من امرك شيئاً فما ترين ؟

فسكتت ولم تُوَلّ وجهها ، ولم ير فيها رسول الله صلى الله عليه وآله كراهة

فقام وهو يقول : الله اكبر سكوتها اقرارها

راجع (وسائل الشيعة) الجزء ١٤ . ص ٢٠٦ - ٢٠٧ الباب ٥ الحديث ٣

(١) اى بهذا الفعل الكاشف عن الرضا

(٢) اى وليست كفاية الفعل الكاشف عن الرضا من جهة أنه سبب تعبدي ، بل من جهة أنه دال على الرضا

(٣) اى بما فعله شخصه : من بيع ، أو اجازة ، أوهبة

(٤) اى نفس الإقامة مع الرجل الذي زوجت نفسها له في حال السكر اليك نص الحديث

عن محمد بن اسماعيل بن بزيع قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلاً في سكرها ثم افاقت فانكرت ذلك ، ثم ظنت أنه يلزمها ففزعت منه فاقامت مع الرجل =

وعرفت (١) ايضاً استدلالهم على كون الاجازة كاشفة : بأن العقد مستجمع للشرائط عدا رضا المالك فاذا حصل عمل السبب (٢) التام عمله (٣)

وبالجملة (٤) فدعوى الاجماع في المسألة دونها خرط القتاد

- على ذلك التزويج أحلال هو لها أم التزويج فاسد ، لمكان السكر ، ولاسبيل للزوج عليها ؟

فقال : اذا اقامت معه بعد أن أفاقت فهو رضاً منها

قلت : ويجوز ذلك التزويج عليها ؟

فقال : نعم

راجع المصدر نفسه . ص ٢٢١ . الباب ١٤ . الحديث ١

(١) اى عند نقل الشيخ في ص ٢٧٧ بقوله : واستدل عليه كما عن جامع المقاصد

(٢) وهو العقد مع الاجازة

(٣) وهو النقل والانتقال

(٤) اى وخلاصة الكلام في هذا المقام : أن ادعاء الاجماع من قبل الفقهاء على اعتبار اللفظ في الاجازة في مسألة عقد الفضولي مع وجود الأحاديث الواردة عن (أئمة اهل البيت) عليهم السلام في عقد الفضولي الدالة كلها على كفاية السكوت عن الاجازة اللفظية

ومع وجود نصوص كثيرة من الفقهاء بالاكتفاء بالسكوت كما عرفت آنفاً : بعيد جداً

واثبات ذلك (خرط القتاد)

وقد عرفت معنى خرط القتاد في الجزء ٥ من المكاسب من طبعتنا الحديثة . ص ٣٤٢ فراجع

وحينئذ (١) فالعمومات المتمسك بها لصحة الفضولي السالمة عن ورود مخصص عليها عدا مادل على اعتبار رضا المالك في حلّ ماله ، وانتقاله الى الغير ، ورفع سلطنته عنه أقوى حجة في المقام

مضافاً (٢) الى ماورد في عدة أخبار : من أن سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده إقرار منه له عليه

وما دل على أن قول المولى لعبده المتزوج بغير اذنه : طلق (٣) يدل

---

(١) اى وحين أن قلنا : إن دعوى الاجماع على اعتبار اللفظ في الاجازة كخرط القتاد فالتمسك بالعمومات المذكورة أقوى دليل على عدم اعتباره اليك تلك العمومات

وهي رواية عروة البارقي المشار اليها في ص ١٦٤

وصحيحة محمد بن قيس المشار اليها في ص ١٦٩

وفحوى صحة عقد النكاح المشار اليها في الهامش ١ ص١٧٨

وموثقة جميل المشار اليها في ص١٨٤

والأخبار الواردة في الاتجار بمال اليتيم المشار اليها في الهامش ٣ ص١٨٨

ورواية ابن اشيم المشار اليها في ص ١٩١

وصحيحة الحلبي المشار اليها في ص ١٩٦

وموثقة عبدالله المشار اليها في ص ١٩٧

والأخبار الواردة على عدم فساد نكاح العبد بدون اذن مولاه المشار اليها في الهامش ٣ ص ١٣٩

فإن هذه العمومات بأجمعها تدل على عدم اعتبار اللفظ في الاجازة

(٢) اى ولنا بالاضافة الى تلك العمومات دليل آخر على عدم اعتبار اللفظ في الاجازة

(٣) راجع المصدر نفسه . ص ٥٢٥ - ٥٢٦ . الباب ٢٦ . -

على الرضا بالنكاح فيصير اجازة

وعلى (١) أن المانع من لزوم نكاح العبد بدون اذن مولاه معصية المولى التي ترتفع بالرضا

وما (٢) دل على أن التصرف من ذي الخيار رضاً منه ، وغير ذلك

- الأحاديث ، اليك نص الحديث الأول

عن أبي (عبد الله عن علي) عليه السلام أنه اتاه رجل بعبده فقال : إن عبدي تزوج بغير اذني

فقال (علي عليه السلام) لسيده : فرّق بينهما

فقال السيد لعبده : ياعدو الله طلّق

فقال (علي عليه السلام) : أما الآن فإن شئت فطلق ، وإن شئت فامسك

فقال السيد : يا (أمير المؤمنين) أمر كان بيدي فجعلته بيد غيري

قال : ذلك لأنك حين قلت: طلق اقررت له بالنكاح

(١) اى ولنا بالاضافة الى تلك العمومات دليل آخر

راجع (من لايحضره الفقيه) . الجزء ٣ . ص ٢٨٣ . الباب ١٣٦ الحديث ١

اليك نص بعض الحديث

فقلت لأبي جعفر عليه السلام : فإنه في اصل النكاح كان عاصياً

فقال أبو جعفر عليه السلام : إنما اتى شيئاً حلالاً وليس بعاص لله إنما عصى سيده ولم يعص الله عزّ وجلّ ، إن ذلك ليس كاتيانه ما حرم الله عليه من نكاح في عدة ، وأشباه ذلك

(٢) اى ولنا بالاضافة الى تلك العمومات دليل آخر -

بقي في المقام : أنه اذا قلنا بعدم اعتبار انشاء الاجازة باللفظ ، وكفاية مطلق الرضا ، أو الفعل الدال عليه فينبغي أن يقال بكفاية وقوع مثل ذلك (١) مقارناً للعقد ، أو سابقاً (٢)

فاذا فرضنا أنه علم رضا المالك بقولٍ (٣) ، أو فعلٍ (٤) يدل على رضاه ببيع ماله (٥) كفى في اللزوم ، لأن مايؤثر بلحوقه يؤثر بمقارنته بطريق أولى

والظاهر أن الأصحاب لايلتزمون بذلك (٦)

= راجع وسائل الشيعة . الجزء ١٢ . ص ٣٥١ - الباب ٤ . الأحاديث اليك نص الحديث ١

عن علي بن رئاب عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط ام لم يشترط ، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضاً منه فلا شرط

قيل له : وما الحدث ؟

قال : إن لامس ، أو قبّل ، أو نظر منها ما كان يحرم عليه قبل الشراء

فهذه الأحاديث كلها تدل على عدم اعتبار اللفظ في الاجازة ، وأن نفس الرضا كافية في المقام

(١) اى مثل مطلق الرضا ، أو الفعل الدال عليه

(٢) اى سابقاً على العقد

(٣) كأن يقول : ليتني اجد من يشتري داري

(٤) كأن يجعل داره بيد السمسار (وهو الدلال) للبيع

(٥) اى ذلك القول ، أو الفعل

(٦) اى برضا المالك بقول ، أو فعل يدل على رضاه ببيع ماله

فمقتضى ذلك (١) أن لايصح الاجازة إلا بما لو وقع قبل العقد كان اذناً مخرجاً للبيع عن بيع الفضولي

ويؤيد ذلك (٢) أنه لو كان مجرد الرضا ملزماً كان مجرد الكراهة فسخاً فيلزم عدم وقوع بيع الفضولي مع نهي المالك ، لأن الكراهة الحاصلة حينه وبعده ولو آناًما تكفي في الفسخ

بل يلزم عدم وقوع بيع المكره اصلاً

إلا أن يلتزم بعدم كون مجرد الكراهة فسخاً ، وإن كان مجرد الرضا اجازة (٣)

(الثالث) : (٤) من شروط الاجازة أن لايسبقها الرد ، اذ مع الرد ينفسخ العقد فلا يبقى ماتلحقه الاجازة

والدليل عليه بعد ظهور الاجماع ، بل التصريح به في كلام بعض مشايخنا : أن الاجازة إنما تجعل المجيز احد طرفي العقد ، وإلا (٥) لم يكن مكلفاً بالوفاء بالعقد ، لما عرفت (٦) : من أن وجوب الوفاء إنما هو في حق العاقدَين ، أو من قام مقامهما

وقد تقرر أن من شروط الصيغة أن لايحصل بين طرفي العقد مايسقطهما عن صدق العقد الذي هو في معنى المعاهدة (٧)

---

(١) اى ومقتضى عدم التزام الفقهاء بذلك

(٢) اى ويؤيد عدم التزام الفقهاء بذلك

(٣) فلا ملازمة بينهما

(٤) اى من الامور التي ينبغي التنبيه عليها التي افادها في ص ٣٣٦

(٥) اى لو لم يجعل الاجازة المجيز احد طرفي العقد

(٦) عند قوله في ص ٢٩٧ : لأن وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجه الى العاقدَين

(٧) ومن الواضح أن الرد مما يُسقط طرفي العقد عن صدق العقد والمعاهدة

هذا مع أن مقتضى سلطنة الناس على أموالهم تأثير الرد في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه فلا يبقى ماتلحقه الاجازة فتأمل (١)

نعم الصحيحة الواردة (٢) في بيع الوليدة ظاهرة في صحة الاجازة بعد الرد (٣)

اللهم إلا أن يقال : إن الرد الفعلي كاخذ المبيع (٤) مثلاً غير كاف بل لابد من إنشاء الفسخ

ودعوى أن الفسخ هنا (٥) ليس بأولى من الفسخ في العقود اللازمة وقد صرحوا بحصوله (٦) فيها بالفعل

يدفعها : (٧) أن الفعل الذي يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك

---

(١) لعل وجه التأمل توهين ما ذكره الشيخ قدس سره : من أن مقتضى قاعدة : الناس مسلطون أن يكون الرد ماضياً من المالك ببيان أن القاعدة المذكورة معارَضة بمثلها : وهي الناس مسلطون على أموالهم ، فإن الاجازة بمقتضى هذه القاعدة لابد أن تكون ماضية من المالك كما كان الرد ماضياً من المالك ، بمقتضى تلك، لأن مضي الاجازة وأنها رفع للرد الواقع قبلها سلطنة من المالك وأي سلطنة ، بل هي أقوى من تلك السلطنة

(٢) وهي صحيحة محمد بن قيس المشار اليها في ص١٦٩

(٣) حيث إن امير المؤمنين عليه الصلاة والسلام قضى لصاحب الامة باخذها واخذ ابنها ، فالاخذ دليل على رد البيع

(٤) كما في مورد الصحيحة

(٥) اى في عقد الفضولي

(٦) اى بحصول الفسخ في العقود اللازمة بالفعل فحصوله بالفعل به في عقد الفضولي بطريق أولى من غير احتياج الفسخ الى اللفظ

(٧) اى الدعوى المذكورة مدفوعة

المبيع كالوطء والعتق ونحوهما ، لامثل اخذ المبيع

وبالجملة (١) فالظاهر هنا (٢) ، وفي جميع الالتزامات عدم الاعتبار بالاجازة الواقعة عقيب الفسخ ، فإن سلم ظهور الرواية (٣) في خلافه فلتطرح ، أو تأول

---

(١) اى وخلاصة الكلام في المقام

(٢) اى في عقد الفضولي

(٣) وهي صحيحة محمد بن قيس المشار اليها آنفاً

خلاصة هذا الكلام أن الظاهر من جميع الالتزامات الواقعة في العقود سواءً أكانت لازمة ام جائزة هو عدم الاعتبار بالاجازة الواقعة عقيب الفسخ والرد في العقود الواقعة فضولاً

ونرى في الصحيحة أن الاجازة الصادرة من المالك الذي هو مولى الوليدة قد وقعت عقيب الرد ، حيث إن المولى قد اخذ الوليدة وابنها بعد حكم (الامام أمير المؤمنين) عليه الصلاة والسلام بذلك في قوله : في ص ١٦٩ : الحكم أن يأخذ وليدته وابنها ، فالاخذ هذا رد للبيع وفسخ له

ثم لما رأى المشتري أن ابنه قد أُخذ منه ناشد الامام عليه السلام في ابنه فقال له عليه السلام في ص١٦٩ : خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى يُنفِّذ البيع لك

فلما اخذ المشتري البائع الذي هو ابن مولى الامة اضطر المولى أن يجيز بيع الامة ، ليسترد ابنه من المشتري فاجاز

فالاجازة هذه قد صدرت منه بعد رده البيع وفسخه فتكون مسبوقة بالرد .

فظاهر الصحيحة مخالف لجميع الالتزامات الواقعة في العقود الجائزة واللازمة .

—

(الرابع) : (١) الاجازة اثر من آثار سلطنة المالك على مالـه فموضوعها المالك (٢) ، فقولنا : له أن يجيز مثل قولنا : له أن يبيـع والـكل (٣) راجع الى أن له أن يتصرف

فلو (٤) مات المالك لم يُوَرِّث الاجازة وإنما يُوَرِّث المال الذي

= ففي هذه الحالة لايمكننا التصرف في ظاهر الصحيحة فلابد إما من طرحها أو تأويلها حتى لاينخرم اجماع الفقهاء على أن من شروط الاجازة أن لايكون مسبوقاً بالرد

ولا يخفى أن التأويل أولى من الطـرح ، حيث إنها من الصحاح ولا مبرر لطرحها

ومجرد كونها مخالفة لاجماع الفقهاء لايـكون مبرراً للطرح

وقد افاد التأويل الشيخ في ص ١٧٥ بقوله: فلابد من تأويل ذلك

وأما وجه أولوية التأويل من الطرح فلأن الطرح موجب للقول بانعقاد نطفة الولد من السفاح ، فصوناً للمحذور المذكور نقول بالتأويل

وأما كيفيـة التأويل فهي أن الاجازة هنا شخصية وردت في قضيـة شخصية لتلك الغاية فلا يلزم انخرام الاجماع المذكور

(١) اى من الامور التي ينبغي التنبيه عليها التي اشار اليها الشيخ في ص ٣٣٦

(٢) اى الاجازة قائمة بشخص المالك فما دام موجوداً يتحقق ، فهي من الأحكام الشرعية ، وليست من الحقوق فلا يتعلق بها الارث ، لعدم تعلق الارث بالحـكم

(٣) وهو قولنا : له أن يجيز ، وله أن يبيع

(٤) الفاء تفريع على ما افاده : من أن موضوع الاجازة شخص المالك

عقد عليه الفضولي فلـه (١) الاجازة ، بناءً على ماسيجيء : من جواز مغايرة المجيز والمالك حال العقد فيمن باع مال أبيه فبان ميتاً

والفرق بين ارث الاجازة ، وارث المال يظهر بالتأمل (٢)

---

(١) اى فللفضولي الذي ورث المال أن يجيز العقد الصادر منـه فضولاً .

(٢) يظهر الفرق في المبيـع لو كان عقاراً وبيع فضولاً ، وكان الوارث الزوجة

فعلى القول بكون الاجازة من الأحكام الشرعية ، وأنهـا ليست من الحقوق : ليس للزوجة اجازة البيع ، لأن موضوع الاجازة شخص المالك ، والمفروض أنه مات فانتفى موضوعها

وعلى القول بكونها من الحقوق تكون قابلة للارث فللزوجة الاجازة حينئذ ، لعدم تعلقها بشخص المالك

ولما انجر بنا الكلام الى الحقوق والأحكام لابأس باشارة اجماليـة الى الفرق بينهما وإن كان ذلك في غاية الصعوبة والاشكال حتى قال فقيه عصره (الشيـخ حسن) كاشف الغطاء قدس سره صاحب أنوارالفقاهة :

ليس للفرق بين الحقوق والأحكام قاعدة كلية ، ومعيار معين يمكن تطبيقها على صغرياتها وأفرادها ومصاديقها

بل يمكن للفقيه النبيه تمييز ذلك بذوقه السليم ، اذ من الممكن اتيان كلا القسمين في جميع الموارد ، وانطباقها على مصاديقها ، فحينئـذ لابد من مراجعة دليل ذلك

فإن كان يُطلَق الحق عليه عُدَّ من الحقوق

وإن كان يُطلَق عليه الأحكام عُدَّ من الأحكام

-

. . . .

- ثم لايخفى عليك أن الفرق بينهما من حيث المفهوم والحقيقة في غاية الوضوح ، لأن الحق يُطلق على السلطنة على شيء متعلق بعين كحق التحجيز وحق الرهانة ، وحق الديّان في تركــة الميت ، وحق القصاص المتعلق بالشخص ، وحق الخيار المتعلق بالعقد ، وحق الحضانة ، وحق القَسَم

بعبارة أوضح أن الحق مرتبة نازلة من الملك

بل في الحقيقة ونفس الامر نوع منه ، وفرد من أفراده ، لتملك صاحبه شيئاً يكون مرجعه اليه كما في تملك العين أو المنفعة ، لكون امرهما بيد صاحبها

بخلاف الحكم ، فإنه مجرد جعــل الاذن في اتيان شيء ، أو تركه أو رخصة الشارع بترتب اثر على فعل شيء ، أو تركه

خذ لذلك مثالاً

إن الخيار في العقود اللازمة عنــد ثبوته كما في خيار الحيوان حق من الحقوق الثابتة لذي الخيار فقد جعل الشارع للمتعاقدين اذا كان العوضان حيواناً ، اولأحدهما اذا كان احد العوضين حيواناً سلطنة على العقد : من حيث الفسخ ، أو الإمضاء ، وحكم أنه مالك لأمره في اختيار أيهما شاء

وأما الجواز في العقود الجائزة فهو حكم من الأحكام لم يجعل الشارع فيه إلا مجرد اذن في الفسخ ، أو الامضاء وليس للمتعاقدين ، أولأحدهما سلطنة مجعولة من الشارع على الفسخ ، أو الإمضاء

والحاصل أنه إن اعتبر الشارع مالكية شخص لامر وسلطنته له عليه فهو يُعدّ من الحقوق

وإن اعتبر مجرد اذن في فعل شيء ، أوتركه فهو يُعد من الأحكام -

(الخامس): (١) اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن ، ولا لاقباض المبيع

= بعبارة اخرى : أن حكم الشارع بأن ذا الخيار مالك لذلك الامر ومتسلط عليه حكم من الأحكام ، لكن نفس الخيار الذي هو المجعول من قبله حق من الحقوق ، فللمتعاقدَين ، أولأحدهما السلطنة عليه ، وأن بيدهما ، أو يد أحدهما حق الامضاء ، أو الفسخ

ثم إن الحقوق على أقسام ذكرها كلها العلامة الطباطبائي اليزدي قدس سره في تعليقته على المكاسب في ص ٥٦

اليك شطراً منها مع تصرف قليل منا

(منها) : مالا ينتقل بالموت ، ولا يصح إسقاطه ، ولا نقله كحق الابوة ، وحق الاستمتاع بالزوجة ، وحق السبق في الرماية قبل إتمام النضال وحق الوصاية ، وحق الحاكم

(ومنها) : ما يصح إسقاطه ، ولا يجوز نقله ، ولا ينتقل بالموت كحق الغيبة ، أو السب ، أو الايذاء بضرب ، أو اهانة ، بناءً على عدم كفاية التوبة

(ومنها) : ما ينتقل بالموت ويجوز إسقاطه ، ولا يصح نقله كحق الشفعة

(ومنها) : ماينتقل بالموت ويصح نقله وإسقاطه كحق الخيار ، وحق القصاص ، وحق الرهانة ، وحق التحجيز ، وحق الشرط

(ومنها) : ماهو مشكوك في صحة الاسقاط ، أو النقل والأنتقال كما قيل في حق الرجوع في العدة الرجعية ، وحق النفقة في الاقارب كالابوين والأولاد ، وحق الفسخ بالعيوب في النكاح

(١) اى من الامور التي ينبغي التنبيه عليها والتى اشار اليها الشيخ في ص٣٣٦

ولو اجازهما صريحاً (١) ، أوفهم اجازتهما من اجازة البيع مضت الاجازة ، لأن مرجع اجازة القبض (٢) الى إسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري

ومرجـع اجازة الاقباض الى حصول المبيـع في يد المشتري برضا البائع (٣) فيترتب (٤) عليه جميع الآثار المترتبة على قبض المبيـع لكن (٥) ماذكرنا إنما يصح في قبض الثمن المعين

---

(١) بأن قال المالك الاصيل : اجزت القبض والاقباض

(٢) اى مال اجازة المالك الاصيل للبائع الفضولي بقبض الثمن المأخوذ من المشتري : هو إسقاط ضمان الثمن من عهدة المشتري ، وأنه لايكون مديناً للمالك الاصيل بعد هذه الاجازة

(٣) فعلى القول بالنقل يحصل المبيع من حين الاجازة

وعلى الكشف يحصل المبيع من حين العقد

(٤) الفاء تفريـع على ما افاده : من أن مرجع اجازة الاقباض الى حصول المبيـع في يد المشتري برضا البايع

وخلاصته أنه اذا كان مآل اجازة الاقباض هو حصول المبيع في يد المشتري بسبب رضا البائع فحينئذ يترتب على هـذا الحصول جميع آثار الملكية التي كانت تترتب على قبض المبيع : من أن تلف المبيع بعد القبض ليس في عهدة البائع ، وتلف الثمن بعد القبض ليس في عهدة المشتري

ومن أن نماء الثمن لصاحبه ، ونماء المثمن لصاحبه اذا كان لهما نماء

كما كانت هذه الآثار تترتب على المبيع اذا وقع غير فضولي

(٥) وهو أنه لو اجازهما صريحاً ، أوفهم اجازتهما من اجازة البيع مضت الاجازة

ـ

. . . .

= هذا استدراك عما افاده : من مضي الاجازة لو اجاز القبض والاقباض صريحاً ، أو فهمت اجازتها من اجازة البيع

وخلاصته : أن مضي الاجازة لايكون مطلقا وفي جميع موارد الثمن والمثمن ، لأن الثمن تارة يكون شخصياً ومعيناً يقع البيع الفضولي عليه

واخرى يكون كلياً يتشخص بفرد معين كما هو شأن الكلي ، حيث لاوجود له إلا بوجود أفراده

فاذا كان المبيع مشخصاً ومعيناً كأن باع فضولاً ديناراً معيناً ثم صدرت الاجازة من مالكه الاصيل بنفوذ العقد وصحته ، وإمضاء العقد الصادر من الفضولي مضت الاجازة وصح العقد وكانت اجازة البيع اجازة في القبض والاقباض

فمضي الاجازة يكون بالنسبة الى هذا الثمن الشخصي ،أوالمثمن الشخصي

ومرجع اجازة القبض الى إسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري

ومرجع اجازة الاقباض الى حصول المبيع الى هذا الثمن الشخصي والمثمن الشخصي ، وكل ما كان يترتب على حصول قبض الثمن وإقباض المثمن إنما هو على هـذا الثمن والمثمن الشخصيين ، بناءً على وجود الملازمة الشرعية ، أو العرفية بين اجازة القبض ، واجازة البيع ، لأنه بمجرد صدور الاجازة ينقطع اتصال حبل المالكية عن ملك المالك ويرتبط بالمشتري ، ولا يحتاج هـذا الانقطاع والاتصال الى أزيد من اجازة نفس العقد الصادر

وأما إذا كان المبيع الفضولي ، أوالشراء الفضولي كلياً فلا تكون اجازة البيع اجازة في قبض الثمن ، أو اجازة في إقباض المبيع ، لعدم =

وأما قبض الكلي وتشخيصه (١) فوقوعـــه من الفضولي على وجـه تصحه الاجازة يحتاج الى دليل معمم لحكم عقد الفضولي لمثل القبض والاقباض وإتمام الدليل على ذلك (٢) لايخلو عن صعوبة .

وعن المختلف (٣) أنه حكى عن الشيخ أنه لو اجاز المالك بيع الغاصب

= وجود الملازمة المذكورة بين اجازة البيع ، واجازة القبض والاقباض ، لأن الاجازة الصادرة من المالك الاصيـــل إنما تصحح البيـع فقط ، ويقطـع إتصال حبل المالـكية عن نفسه ، وربطه ووصله بالمشتري

وأما تصحيح قبض البائع الفضولي الثمن الـكلي : بأن يبدله الى فرد معين وتشخصه في الخارج فلا دلالة عليه بهذه الاجازة

بل دلالته على تلك الجهتين :

جهة تصحيح البيـــع ، وجهة قبض الـكلي وتبديلـــه الى فرد معين وتشخصه في الخارج

محتاجة الى دليل عام يشمل الجهتين

افاد شيخنا الانصاري أن تطبيق دليل الاجازة على تلك الجهتين لايخلو عن صعوبة وإشكال ، لأن الاجازة متكفلة لتصحيح نفس البيع

وأما تصحيح الـكلي بقبضه وتبديله الى الشخصي وفرد معين فلا دلالة فيها عليهما

(١) اى وتشخص الـكلي بالمعين كما عرفت

(٢) اي على تلك الجهتين كما عرفت

(٣) من هنا يريد الشيخ الانصاري أن يستشهد بكلام الشيخ على ثبوت الملازمة بين اجازة البيـع ، واجازة القبض والإقباض في البيـــع الفضولي مطلقا ، سواء أكان المبيع ، أوالثمن شخصياً أم كلياً

-

لم يطالب المشتري بالثمن ، ثم ضعّفه (١) بعدم استلزام اجازة العقد لاجازة القبض

وعلى أي حال (٢) فلو كانت اجازة العقد دون القبض لغواً كما في الصرف والسلم بعد قبض الفضولي والتفرق كانت اجازة العقد اجازة لقبض ، صوناً للاجازة عن اللغوية

ـ وخلاصته : أن شيخ الطائفة قال : إن الغاصب لو باع مال الغير فضولاً ثم اجاز المالك الاصيل البيع فليس للمالك حينئذ حق مطالبة الثمن من المشتري ، لأن الاذن في البيع اذن في قبض الثمن بالملازمة .

فمن هذه الملازمة المترتبة على عدم جواز مطالبة المالك الثمن من المشتري استشهد على ثبوت الملازمة بين اجازة المبيع الفضولي ، وبين اجازة قبض الكلي ، وتبديله الى الشخصي ، وفرد معين

(١) اى وضعّف العلامة عدم دلالة جواز مطالبة المالك المشتري بالثمن بالملازمة المذكورة بعد أن نقل ذلك عن الشيخ ، وقال : إنه لا ملازمة بين اجازة صحة العقد ، واجازة القبض

(٢) هذا تسليم من الشيخ للملازمة المذكورة

وخلاصته : أنه اذا لم تكن اجازة العقد اجازة للقبض تلزم لغويتها كما في بيع الصرف والسلم ، فإن القبض في الصرف قد حصل بواسطة التفرق

وكذا في السلم ، فإن شرطه تسليم الثمن نقداً ، وتسلم المثمن بعد مضي مدة معينة ، بناءً على أن الفضولي كان بايعاً

فصوناً لكلام الحكيم عن اللغوية نقول بالملازمة المذكورة بدلالة الاقتضاء

ولو قال (١) : اجزت العقد دون القبض ففي بطلان العقد ، أوبطلان رد القبض وجهان : (٢)

(السادس) : (٣) الاجازة ليست على الفور ، للعمـــومات (٤) ولصحيحة محمد بن قيس (٥) ، وأكثر المؤيدات المذكورة (٦) بعدها

ولو لم يُجزِ المالك ولم يرد حتى لزم تضرر الاصيـل (٧) بعـــدم تصرفه فيما انتقل عنه واليه على القول بالكشف (٨) فالأقوى تداركه (٩)

---

(١) اي المالك الاصيل الذي كان احد طرفي العقد

(٢) وجه بانتفاء العقد والقبض جميعاً

وهذا هو الذي عبر عنه الشيخ ببطلان العقد

ووجه بوجود العقد والقبض جميعاً

وهذا هو الذي عبر عنه الشيخ ببطلان رد القبض

ومنشأ الوجهين هو تساوي الاحتمالين بعد البناء على أن اجازة العقد دون القبض تكون لغواً

(٣) اى من الامور التي ينبغي التنبيه عليها ، والتي اشار اليها الشيخ في ص ٣٣٦

(٤) وهي التي اشرنا اليها في الهامش ٢-٣ ص ١٥٧ والهامش ١-٢ ص ١٥٨

(٥) وهي التي اشرنا اليها في ص ١٦٩

(٦) وهي التي اشير اليها في ص ١٨٤ - ١٨٨ - ١٩١

(٧) الذي كان احد طرفي العقد

(٨) اي بخلاف القول بالنقل ، فإنه يجوز له التصرف فيما انتقل اليه ، وفيما انتقل عنه

(٩) اى تدارك الضرر المتوجه على الاصيل

بالخيار ، أو اجبار المالك على احد الامرين (١)

(السابع) : (٢) هل يعتبر في صحة الاجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً ، أو خصوصاً (٣) ام لا ؟

وجهان :

الأقوى التفصيل

فلو (٤) اوقع العقد على صفقة فاجاز المالك بيع بعضها فالأقوى الجواز كما لو كانت الصفقة بين مالكين (٥) فاجاز احدهما

وضرر التبعض على المشتري يجبر بالخيار (٦)

ولو اوقع العقد على شرط فاجاز المالك مجرداً عن الشرط فالأقوى عدم الجواز ، بناءً على عدم قابلية العقد للتبعيض من حيث الشرط وإن كان

---

(١) إما الاجازة والامضاء ، أو الفسخ والرد

(٢) اى من الامور التي ينبغي التنبيه عليها واشار الشيخ اليها في ص٣٣٦

(٣) أو اطلاقاً وتقييداً : من حيث الثمن والمثمن ، والاعتبارات الأخر ، لأن الاجازة من متممات العقد ، سواءً قلنا : إنها جزء سبب أم شرط في الصحة

(٤) هذا تفريع على الامر السابع الذي اعتبر في صحة الاجازة مطابقة الاجازة للعقد الواقع : من حيث العموم والخصوص ، أو الاطلاق والتقييد

(٥) أو تعدد الثمن كأن باع فضولاً نصف الدار بخمسمائة دينار ونصفها الآخر بالف دينار ، فيجوز لصاحبها أن يفسخ في احد النصفين دون النصف الآخر

(٦) اي بخيار المشتري

قابلاً للتبعيض من حيث الجزء ، ولذا (١) لايؤثر بطلان الجزء ، بخلاف بطلان الشرط (٢)

ولو انعكس الامر : بأن عقد الفضولي مجرداً عن الشرط (٣) واجاز المالك مشروطاً ففي صحة الاجازة مع الشرط اذا رضي به الاصيل فيكون نظير الشرط الواقع في ضمن القبول اذا رضي به الموجب

أو بدون الشرط ، لعدم وجوب الوفاء بالشرط إلا اذا وقع في حيز العقد فلا يجدي وقوعه في حيز القبول إلا اذا تقدم (٤) على الايجاب ، ليرد الايجاب عليه ايضاً

أوبطلانها (٥) ، لأنه اذا لغا الشرط لغا المشروط ، لكون المجموع التزاماً واحداً

أقواها الاخير (٦)

---

(١) اى ولاجل أن العقد قابل للتبعيض من حيث الجزء ، وليس قابلاً للتبعيض من حيث الشرط لايؤثر بطلان الجزء في بطلان العقد

(٢) اى بخلاف بطلان الشرط ، فإنه يؤثر في بطلان المشروط ولا يخفى أن تأثير بطلان الشرط في بطلان المشروط مبني على أن الشرط الفاسد هل هو مفسد للعقد ام لا ؟

بمعنى أنه اذا لغا الشرط هل يلغو المشروط ام لا ؟

(٣) اى مطلقاً بلا قيد وشرط

(٤) اى اذا تقدم القبول على الايجاب فيجدي وقوع الشرط في حيز القبول ، ليرد الايجاب على هذا القبول الذي وقع الشرط في حيزه

(٥) اى بطلان الاجازة

(٦) وهو بطلان الاجازة

. . . .

- فالأقوال في مسألة عقـــد الفضولي اذا وقع مطلقاً ومجرداً عن ذكر شرط من قبل المتعاقدَين ، أو احدهما ، لكن المالك اجاز مشروطاً ثلاثة :

(الاول) : صحة مثل هذه الاجازة الواقعة مشروطاً

(الثاني) : صحة الاجازة بدون الشرط اى الشرط لايقع

(الثالث) : بطلان مثل هذه الاجازة الواقعة مشروطاً

الى هنا كان الكلام حول الاجازة من شتى جوانبها

وقد أسهب علماؤنا الأعلام ، وفقهاؤنا العظام، ولا سيما شيخنا الأعظم الانصارى قدس الله أرواحهم الطاهرة ، وشكر مساعيهم الجميلة الكلام في الاجازة

ونحن ايضا اتبعناهم في الإسهاب ، لتطلب المقام ذلك كما لايخفى على القارىء النبيل

وسنشرع بعون الله تبارك وتعالى في الجزء التاسع نبتدأ في المجيز وشرائطه

الفهارس

فهرس الابحاث

فهرس التعليقات

ص	الموضوعات

فهرس الآيات الكريمة

فهرس الأحاديث الشريفة

فهرس الأعلام

فهرس الأمكنة والبقاع

فهرس الكتب

- لفت نظر -

كان قد ذكر شيخنا الانصاري قدس سره في المكاسب في باب الغيبة حديثاً بلفظة (حسنة عبدالرحمان بن سيابة بابن هاشم) عن الكافي كما ذكرنا مصدر ذلك في الجزء الثالث ص ٣٣٨ من طبعتنا هذه . .

غير أن سماحة سيدنا الحجة السيدعلي البعاج - دام ظله وعلاه تفضل فأخبر ان الحديث ليس بحسنة ، وأنه من الصحاح ، وليس متصلا بابن هاشم في المصدر المذكور ، وعند مراجعتنا (الكافي) رأينا الحديث كما أفاده سماحته ، فله منا جزيل الشكر .

ونرجو من قرائنا الكرام أن يلفتوا نظرنا الى كل خطأ ، أواشتباه عثروا عليه ، ويرشدونا الى ما يرونه من صواب ، وسنتقبل ذلك بالشكر مع التنويه بأسمائهم .

تفضل علينا بهذه الأبيات القيمة فضيلة الاستاذ الاديب الاريب البحاثة الكبير الاخ عبد الصاحب عمران الدجيلي حفظه الله تعالى فتلقيناها بكل إجلال وإكبار .

فرأينا من الواجب نشرها

ولقـد بلغت ، وكم بلغـ ت من العلى أعلى المراتب

يا سيداً حاز المفا خر والمآثـر والمناقب

كم واجب للدين والاسـ لام ترعى ، بل وجانب

حتى أقمت الحق في الـ دنيا ، وحققت المكاسب

قصد به رغب الجميـع فارخوه (قصد راغب)

١٣٩٧ هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

وقد انهينا بحمد الله تبارك وتعالى (الجزء الثامن) من كتاب (المكاسب) لشيخنا الأعظم الانصاري قدس الله سره وطيب رمسه حسب تجزئتنا من بداية .

(ومن شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفظان به)

الى نهاية الشرط السابع من شرائط الاجازة حامدين الله عز وجل وشاكرين له هذه النعمة العظمى

وكان الانهاء في يوم الاحد الثامن والعشرين من شهر شعبان المعظم ١٣٩٧ في ادارة (جامعة النجف الدينية) العامرة حتى ظهور (الحجة البالغة) الذي تحيا البلاد به عجل الله تعالى فرجه الشريف بعد أن استوفى العمل فيه مقابلة وتعليقا وتصحيحاً غاية الجهد والطاقة والسهر بقدر الوسع والامكان .

هذا مع كثرة الأشغال ، وتردي الأحوال ، وانهيار الاعصاب

وذلك حباً منا بانجاز تحقيق الأجزاء ، وإصدارها واخراجها وإكباراً وإجلالاً لفقه (أئمة أهل البيت) صلوات الله وسلامه عليهم اجمعين

وإذا كنا قد تابعنا إصدار الأجزاء في هذه الفترات المتباعدة فلأن تحقيق الكتاب وتصحيحه واخراجه اخراجاً يليق بمكانته العلمية كان يستدعي منّا دقة الملاحظة ، وعمق الإمعان

فالى القراء الكرام هذه التحفة النفيسة ، والهدية الثمينة

وكان الشروع فيه في يوم الخميس الحادي عشر من شهر شوال المكرم ١٣٩٦ فجاء بحمد الله تعالى بهذه الحلة الرائعة ، والاسلوب البديع

ويتلوه إن شاء الله تعالى (الجزء التاسع) أوله : (وأما القول في المجيز فاستقصاؤه يتم ببيان امور)

وإني لأرى هـــذه الافاضات كلهـــا من بركات صاحب هـــذا (القبر المقدس العلوي) على من حلّ فيه آلاف التحية والثناء

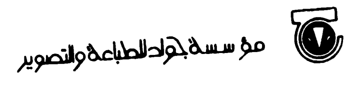
فشكراً لك يا إلهي على هذه النعم الجسيمة ، والآلاء العميمة

ونسألك اللهم وندعوك التوفيق لاتمام بقية الأجزاء والمشروعات الخيرية الدينية النافعة للامة الاسلامية جمعاء بلطفك السابق ، ورحمتك الواسعة إنك ولي ذلك والقادر عليه

في يوم الاثنين التاسع والعشرين من شهر شعبان المعظم ١٣٩٧

عبدك

السيد محمد كلانتر


مؤسسة جواد للطباعة والتصوير